

UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE
ET DES SCIENCES SOCIALES DE PARIS

LA FRAUDE A LA LOI

THÈSE

pour le
DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 26 janvier 1971

par

Bernard AUDIT

MEMBRES DU JURY

Président : Y. LOUSSOUARN,

Assesseurs : H. BATIFFOL,

Ph. MALAURIE.

DALLOZ

PARIS

1974



Digitized by the Internet Archive
in 2026

TRÈS
LE DOCTORAT

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

LA FRAUDE A LA LOI

THÈSE

pour le

DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 26 janvier 1971

par

Bernard AUDIT

MEMBRES DU JURY

Président : Y. LOUSSOUARN,

Assesseurs : H. BATIFFOL,
Ph. MALAURIE.

DALLOZ
PARIS
1974

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considé-
rées comme propres à leurs auteurs.*



PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Am. Journ. Comp. L.</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
<i>Ann. Inst. dr. int.</i>	<i>Annuaire de l'Institut de droit international</i>
<i>Ann. suisse</i>	<i>Annuaire suisse de droit international</i>
<i>A.T.F.</i>	<i>Recueil des arrêts du Tribunal fédéral suisse</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (fran- çaise), Chambres civiles.</i>
<i>Cass.</i>	<i>Cour de cassation</i>
<i>C. civ.</i>	<i>Code civil</i>
<i>C. com.</i>	<i>Code de commerce</i>
<i>C.E.</i>	<i>Conseil d'Etat</i>
<i>C.E.E.</i>	<i>Communauté économique européenne</i>
<i>C.I.J.</i>	<i>Cour internationale de Justice</i>
<i>C.I.J., M.P.D.</i>	<i>Cour internationale de Justice, Mémoires, Pièces et Documents.</i>
<i>C.I.J., Rec.</i>	<i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordon- nances de la Cour internationale de Justice</i>
<i>Civ.</i>	<i>Cour de cassation, Chambre civile</i>
<i>Civ. com.</i>	<i>Cour de cassation, Chambre civile, Section commerciale.</i>
<i>Civ. soc.</i>	<i>Cour de cassation, Chambre civile, Section sociale.</i>
<i>Clunet</i>	<i>Journal du droit international</i>
<i>Col. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
<i>C.P.A.</i>	<i>Cour permanente d'arbitrage</i>
<i>Comp.</i>	<i>Comparer</i>
<i>C.P.J.I.</i>	<i>Cour permanente de Justice internationale</i>
<i>C. pén.</i>	<i>Code pénal</i>
<i>C.P.P.</i>	<i>Code de procédure pénale</i>
<i>C. pr. civ.</i>	<i>Code de procédure civile</i>
<i>Crim.</i>	<i>Cour de cassation, Chambre criminelle</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D.A.</i>	<i>Recueil analytique Dalloz</i>
<i>D.H.</i>	<i>Recueil hebdomadaire Dalloz</i>
<i>D.P.</i>	<i>Recueil périodique Dalloz</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>I.C.L.Q.</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>I.H.E.I.</i>	<i>Institut des Hautes Etudes Internationales</i>

<i>I.L.Q.</i>	<i>International Law Quarterly</i>
<i>J.C.P.</i>	<i>Jurisqueur périodique (ou Semaine juridique).</i>
<i>J. of Comp. Law</i>	<i>Journal of Comparative Law</i>
<i>J.O.</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>Journ. soc.</i>	<i>Journal des sociétés</i>
<i>Rec. Lebon.</i>	<i>Recueil Lebon</i>
<i>L. Q. Rev.</i>	<i>Law Quarterly Review</i>
<i>Mass. L. Q.</i>	<i>Massachusetts Law Quarterly</i>
<i>Mél.</i>	<i>Mélanges</i>
<i>Mich. L. R.</i>	<i>Michigan Law Review</i>
<i>préc.</i>	<i>précité</i>
<i>RabelsZ</i>	<i>Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationale Privatrecht</i>
<i>Recueil des cours</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>Rép. Dall. dr. int.</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international, 1968-1969, 2 tomes</i>
<i>Rép. Lapradelle Niboyet</i> . . .	<i>Répertoire de droit international, dirigé par Lapradelle et Niboyet, Sirey, 10 tomes et supplément</i>
<i>Rev. crit.</i>	<i>Revue critique de droit international (1934-1946); Revue critique de droit international privé (depuis 1947)</i>
<i>Rev. dr. int. lég. comp.</i>	<i>Revue de droit international et de législation comparée</i>
<i>Rev. dr. int. priv.</i>	<i>Revue de droit international privé et de droit pénal international (1905-1921); Revue de droit international privé (1922-1933; après cette date, v. Rev. crit.).</i>
<i>Rev. dr. mar. comp.</i>	<i>Revue de droit maritime comparé</i>
<i>Rev. esp. de der. int.</i>	<i>Revista española de derecho internacional privado.</i>
<i>Rev. gén. dr. int. publ.</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>Rev. hell. dr. int.</i>	<i>Revue hellénique de droit international privé.</i>
<i>Rev. trim. dr. civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>R.G.</i>	<i>Reichsgericht</i>
<i>S.</i>	<i>Sirey, Recueil général des lois et arrêts</i>
<i>S. chr.</i>	<i>Sirey chronologique</i>
<i>Trav. com. fr.</i>	<i>Travaux du comité français de droit international privé</i>
<i>Univ. of Chic. L. Rev.</i>	<i>University of Chicago Law Review</i>
<i>Yale L. J.</i>	<i>Yale Law Journal</i>

N.B. : Les textes et décisions anglais et américains sont cités de la manière en usage dans leur pays d'origine.

OUVRAGES GÉNÉRAUX CITÉS DU SEUL NOM DES AUTEURS

- BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 3^e éd., 1959 ; 4^e éd., 1967.
- BATIFFOL-LAGARDE, *Droit international privé*, 5^e éd. de l'ouvrage précédent, 2 vol. (1970 et 1971).
- BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, New York, 3 vol., 1935.
- CHESHIRE, *Private International Law*, Londres, 7^e éd., 1965.
- CHESHIRE-NORTH, *Cheshire's Private International Law*, 8^e éd. de l'ouvrage précédent, Londres, 1970.
- DICEY-MORRIS, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, Londres, 8^e éd., 1967.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, Paris, Dalloz, 6^e éd., 1954.
- LOUSSOUARN, *Droit international privé*, 9^e éd. de l'ouvrage précédent, 1970.
- LOUSSOUARN et BREDIN, *Droit du commerce international*, Paris, Sirey, 1969.
- VON MEHREN et TRAUTMAN, *The Law of Multistate Problems*, Boston-Toronto, 1965.
- NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1938, 7 vol. ; t. 1, 2^e éd. (1947), t. 2, 2^e éd. (1951).
- RABEL, *The Conflict of Laws : A comparative Study*, Ann Arbor, 1958, 4 vol. ; t. 1, 2^e éd. (1958), t. 2, 2^e éd. (1960).
- STEINER et VAGTS, *Transnational Legal Problems*, New York, 1958.
- STORY, *Commentaries on the conflict of laws*, Boston, 8^e éd., 1883.

PRÉFACE

Il n'est tâche plus difficile que celle consistant à reprendre un sujet classique. L'intrépide qui succombe à une telle tentation a le sentiment d'être attendu « au coin du bois » par les spécialistes chevronnés qui le taxent volontiers de témérité excessive, voire d'inconscience, lui font grief d'un apport qu'ils jugent, suivant les cas, nul, inutile ou irrévérencieux et ne consentent à tempérer quelque peu leurs critiques qu'en y ajoutant l'expression d'une sympathie condescendante envers le fol enthousiasme de la jeunesse.

En consacrant sa thèse de doctorat à une étude de la fraude à la loi, même limitée au droit international, Bernard Audit courait donc un risque certain. S'il a réussi à triompher de toutes les embûches, c'est sans nul doute parce qu'il a su repenser tout le problème de la fraude à la loi. Et il n'a pu le faire que parce qu'il était servi par un talent à la mesure de ses ambitions.

Ces dernières étaient grandes. M. Audit les a dévoilées dès les premières pages de son ouvrage, annonçant d'entrée la couleur. Il part de l'observation selon laquelle le droit international privé est la terre d'élection de la fraude à la loi. Mais, si cette constatation lui paraît exacte, les motifs qui la supportent traditionnellement lui semblent en revanche contestables ou, à tout le moins, insuffisants, ce qui a pour conséquence de ne présenter de la fraude à la loi qu'une réalité tronquée. Dans l'acception classique, la fraude à la loi, dont le domaine est généralement identifié à celui de l'exception de fraude à la loi, est nécessairement liée en droit international privé à l'utilisation artificieuse, à la « manipulation » de la règle de conflit. M. Audit ne nie pas la possibilité d'un tel lien, mais il en conteste le caractère nécessaire. Certes, la règle de conflit, intermédiaire entre la situation à régir et la loi interne à laquelle on l'attribue, peut constituer, le cas échéant, le paravent juridique d'une fraude. Mais la raison essentielle de l'importance de la fraude à la loi dans les relations internationales doit

être cherchée ailleurs. Elle réside dans le fait que « toute interposition d'une loi étrangère, même ne se recommandant d'aucune règle de conflit, appelle tout naturellement le qualificatif de fraude en raison du caractère en tout cas juridique du moyen », car « le fait que la loi étrangère, quoiqu'étrangère, n'en soit pas moins une loi suffit à parer la violation de la loi évincée d'une apparence de régularité » (cf. p. 5). Dès lors, le fait que, dans certains cas, la soumission du rapport de droit à une loi étrangère ait été obtenue au prix d'une « manipulation » de la règle de conflit ne constitue qu'un renforcement de cette apparence par l'interposition de deux normes au lieu d'une.

Ces observations pertinentes autorisent M. Audit à affirmer que, dans la conception classique, la forêt des lois étrangères est masquée par l'arbre de la règle de conflit, car les lois étrangères sont un moyen permanent de fraude, alors que la règle de conflit n'en est qu'un instrument exceptionnel.

On mesure sans peine l'incidence de semblables prémices sur l'empire de la fraude à la loi qui se trouve ainsi dotée d'une dimension nouvelle. D'autres auteurs, avant M. Audit, avaient eu conscience du caractère inéluctable de l'élargissement de la fraude à la loi. Toutefois, prisonniers des données traditionnelles, ils avaient été contraints d'assigner à cette notion une dualité d'acceptions, distinguant la fraude au sens large de la fraude au sens étroit. Il en résultait certains chevauchements ou confusions dont M. Audit dénonce les méfaits en s'appuyant sur des exemples concrets. Notre auteur a le mérite d'être le premier à couler ces différents aspects de la fraude dans le moule d'une notion unitaire et cette position a, entre autres avantages, ceux de rendre compte des cas de fraude notoires et non sanctionnés (tels les pavillons de complaisance) et d'éclairer d'un jour nouveau le problème fondamental de la fraude à la loi étrangère.

Les idées originales ainsi exprimées fournissaient à M. Audit des fondations solides. Il restait à construire l'édifice et à le confronter au droit positif. A cette fin, deux méthodes étaient concevables. L'auteur aurait pu partir de l'analyse du droit positif et sélectionner les décisions judiciaires les plus aptes à étayer sa thèse. L'origine jurisprudentielle de la fraude à la loi en droit international privé l'y incitait. Au surplus, l'année par lui passée pendant la préparation de l'ouvrage à la Harvard Law School, qui lui a permis d'enrichir son livre de précieux éléments comparatifs, était de nature à l'incliner vers une telle attitude. Et cependant M. Audit a adopté une méthode différente qui commande son plan.

Il expose, dans une première partie intitulée « Théorie générale », sa conception de la fraude à la loi qu'il soumet ensuite, dans une seconde partie, au test du droit positif, ce qui lui permet d'en mesurer l'impact sur le terrain des applications pratiques. Cet ordre est justifié. Il est sans doute la marque d'un esprit plus déductif qu'inductif, et ce n'est pas à un juriste français de lui en faire grief. Mais surtout M. Audit a constaté les vices d'une théorie construite, comme l'a été celle de la fraude à la loi en droit international privé, sur quelques cas d'espèce (tels l'affaire de Beauffremont ou l'affaire Mancini). Le fait qu'il ait vigoureusement dénoncé les méfaits des extrapolations abusives dont ces arrêts ont fait l'objet donne à penser qu'il a voulu, en suivant une autre méthode, se mettre définitivement à l'abri de semblables errements auxquels ne résistent pas toujours les interprètes les plus scrupuleux.

Dans la première partie de l'ouvrage, qui est du plus haut intérêt sur le plan doctrinal, M. Audit fonde sa conception de la fraude sur la violation internationale de la loi, notion qu'il cherche à circonscrire avant d'en étudier la mise en œuvre, puis la sanction. Cet objectif est atteint, dans son aspect « conceptuel », grâce à une grande finesse d'analyse qui permet à l'auteur de situer les différents degrés de la violation internationale de la loi. A cette fin, il pose, et respecte sans défaillance, une directive fondamentale qui lui permet de mesurer l'intensité de la violation et d'opérer la ventilation nécessaire : la violation est d'autant plus substantielle que la loi évincée avait un titre à s'appliquer manifestement supérieur à celui de la loi adoptée. L'influence de l'environnement américain qu'a connu M. Audit est ici nettement perceptible. Elle est encore plus sensible dans les pages consacrées à la distinction des faux et des vrais conflits. Mais l'auteur à toujours su faire la part du feu et n'utiliser l'apport américain que dans les limites de l'utile et du raisonnable.

La distinction des vrais et des faux conflits est principalement utilisée par M. Audit dans le chapitre relatif à la mise en œuvre de la violation internationale de la loi, violation qui peut s'opérer à trois stades différents selon qu'il s'agit de la création ou de l'utilisation d'un faux conflit, de l'intervention de l'autorité publique étrangère ou de l'exercice d'un droit acquis. L'auteur sait également renouveler le problème de la sanction de la fraude à la loi. Très au courant des développements récents du droit international privé, il considère, à juste titre, que la règle de conflit ne peut être le procédé exclusif de règlement des relations internationales et, sans être un adepte du déclin du conflictua-

lisme, il sait là encore se garder de toute affirmation outrancière. Tout en reconnaissant qu'un système de réglementation des relations privées internationales par des règles de conflit apporte la prévisibilité dans le plus grand nombre de cas, il lui adresse le grief d'ouvrir des possibilités accrues de fraude et distingue soigneusement la sanction de la fraude à la loi du For et de la fraude à la loi étrangère.

La conception large qu'il a de la fraude le conduit à s'interroger à propos de la fraude à la loi du For sur l'opportunité d'une sanction systématique à l'égard de laquelle il manifeste une certaine méfiance, car « il n'est pas certain que le meilleur parti à prendre soit toujours celui de la sanction ; c'est une question de mesure ». En outre le mode de sanction peut varier, et M. Audit a le mérite de montrer que l'exception de fraude, si elle appelle une attention particulière en droit international privé à raison de la prééminence de la méthode bilatéraliste, est loin d'épuiser toutes les applications jurisprudentielles de la fraude. La fraude peut aussi être retenue comme un élément de fait confortant l'application de la loi du For. Elle peut même, dans la méthode unilatéraliste, être implicitement sanctionnée par un recours délibéré à la *lex fori*. La sanction de la fraude à la loi étrangère constitue le second volet du diptyque. L'auteur est un fervent adepte de la prise en considération de la fraude à la loi étrangère. Il estime qu'une telle fraude doit être sanctionnée aussi bien lorsqu'elle s'effectue par application de la loi du For que lorsqu'elle résulte de l'application d'une loi tierce. Mais il note judicieusement que le jeu de l'ordre public du For est souvent de nature à faire obstacle à la sanction dans la première hypothèse.

Ayant ainsi présenté une conception à la fois cohérente et neuve de la fraude à la loi, M. Audit, dans la seconde partie de son ouvrage, s'attache à l'illustration de la théorie générale de la fraude en conviant le lecteur à un voyage dont les étapes sont savamment réparties : statut personnel de droit public et de droit privé, actes juridiques à but patrimonial, statut des personnes morales. Il est malheureusement impossible, dans le cadre étroit d'une préface, de retracer en détail un périple aussi complet. On peut seulement assurer le lecteur qu'il s'agira toujours pour lui d'un voyage d'agrément et attirer plus particulièrement son attention sur la valeur des indications comparatives, sur la nouveauté des développements consacrés à la fraude à la loi étrangère au sein de chacun des domaines prospectés, sur la maîtrise avec laquelle l'auteur a su relier le problème de la fraude à la loi aux différentes conceptions qui dominent le droit international privé des contrats (théorie dite

subjective de l'autonomie de la volonté et théorie de la localisation objective du contrat), enfin sur la connaissance approfondie du droit international des sociétés que révèle le chapitre relatif au statut des personnes morales. M. Audit y prend nettement position, dénonçant le caractère artificiel de la distinction du siège fictif et du siège non sérieux.

Le talent exceptionnel qui s'exprime dans cette première œuvre a valu à M. Audit d'être reçu d'emblée dans les tout premiers au concours d'agrégation. Il procure aujourd'hui au signataire de ces lignes la joie de dire l'estime en laquelle il tient celui qui est devenu un brillant Collègue et laisse bien augurer de l'activité doctrinale qui ne manquera pas de nourrir une carrière féconde.

YVON LOUSSOUARN,

*Professeur à l'Université de Droit
d'Economie et de Sciences sociales de Paris,
Doyen honoraire de la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Rennes.*

« Nous ne parlons pas de fraude, parce que lorsque la loi trace une démarcation, une situation se trouve d'un côté ou de l'autre de celle-ci ; et si elle est du bon côté, elle n'est pas moins valide du fait qu'une partie s'est prévaluée de tout ce que la loi permet. Lorsqu'un acte est sanctionné comme une fraude, cela signifie seulement qu'il est du mauvais côté de la ligne tracée par la politique législative sinon par la simple lettre de la loi ».

Justice HOLMES (1).

(1) *Bullen v. Wisconsin* 240 US 625, 630 (1916).

INTRODUCTION

1. L'évolution du droit positif est pour une large part le fruit de deux actions contradictoires : celle de l'autorité publique, visant à assurer la justice dans les rapports individuels et collectifs, et celle des individus, qui, poursuivant une fin égoïste, s'efforcent de tirer le meilleur parti de la liberté reconnue par la loi. Le conflit entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, tel que celui-ci s'exprime dans la loi, est normalement résolu en faveur du second. L'hésitation naît, cependant, lorsque l'action des individus ne heurte pas directement la loi et notamment lorsque par une combinaison de règles, l'individu paraît se soustraire indûment à son application, sans toutefois la heurter de front. Pour que l'emporte la loi en pareil cas, le droit français a parfois eu recours à une notion dite de la fraude à la loi (1). Celle-ci permet de sanctionner un comportement jugé contraire au droit, mais qui se recommande d'une certaine régularité juridique. Ce moyen de défense exceptionnel de l'ordre social devant l'ingéniosité des individus a été invoqué depuis l'Ancien Droit ; on l'exprime fréquemment par un adage latin, *fraus omnia corrumpit*, lequel traduit un principe général du droit français : la fraude fait exception à toutes les règles (2).

2. On est donc amené à parler de « fraude à la loi » chaque fois que le sujet tente d'interposer entre lui-même et la règle qui doit s'imposer à lui une norme inconciliable avec la première. Un exemple traditionnel, sinon courant, permet d'illustrer cette hypothèse en droit interne. L'article 909 du Code civil interdit au médecin, pour des raisons faciles à comprendre, de recevoir à titre gratuit de la personne dont il a soigné la dernière maladie. La jurisprudence a cependant tôt admis, pour des raisons également évidentes, que cette interdiction cessait de s'appliquer entre époux. Le médecin qui épouse sa malade sur le point de mourir peut donc par ce biais tenter

(1) DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, 1927 ; LIGEROPoulos, *Le problème de la fraude à la loi*, 1928 ; PRAT-ROUSSEAU, *La notion de fraude à la loi*, 1938 ; VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit français*, 1957.

(2) Contrairement à ce que sa formulation latine laisse supposer, le brocard n'est pas emprunté au droit romain, lequel n'aurait pas connu de théorie générale de la fraude ; v. l'étude historique de VIDAL, *op. cit.*, p. 9 et s. (notamment p. 23).

de valider une libéralité autrement interdite (1). Il y a bien interposition devant une règle impérative (ou prohibitive) d'une norme qui lui fait exception. Pour faire échec à cette manœuvre répréhensible, mais techniquement régulière, on peut recourir à l'*exception de fraude à la loi*. Les caractéristiques de ce moyen apparaissent immédiatement : il suppose que l'on admette provisoirement la validité de l'argumentation invoquée, sauf à en paralyser les effets dans une étape supplémentaire du raisonnement en raison de l'intention de fraude qui animait l'intéressé dans la mise en œuvre de la règle interposée (2).

3. On peut s'étonner que soit présentée une théorie de la fraude à la loi, sans autre précision, dans une étude de droit international. Ceci pourrait cependant s'expliquer par une raison traditionnelle, mais on écartera d'entrée celle-ci, qui paraît avoir jeté sur la matière une grande confusion. La raison traditionnelle tient au fait que le droit international privé, en tant qu'il vise à répartir les relations privées internationales entre les différents ordres internes, procède souvent par une norme appelée « règle de conflit » ; or cette norme, intermédiaire entre la situation à régir et la loi interne à laquelle on l'attribue, peut constituer dans certains cas le paravent juridique d'une fraude. C'est ainsi que les exposés relatifs à la fraude sont traditionnellement illustrés par un exemple emprunté à la jurisprudence de droit international privé. Une règle de conflit admise par le droit français soumet le statut personnel des individus, et en particulier leur statut matrimonial, à leur loi nationale. A une époque où il n'était pas possible de divorcer en France, une femme, française par son mariage et séparée de corps, avait obtenu la naturalisation dans un duché allemand. Forte de son nouveau statut personnel, elle s'était immédiatement remariée (3). En dépit de la règle de conflit énoncée plus haut, le second mariage de l'intéressée fut déclaré inopposable en France (4). On définit depuis lors la fraude à la loi en droit international privé comme l'utilisation volontaire de la règle de conflit, par manipulation de l'élément de ratta-

(1) V. Trib. civ. Seine, 9 avr. 1816 et Paris, 24 févr. 1817, S., 1817.2.354 ; Paris, 26 janv. 1818, S., 1818.2.346 et Civ., 11 janv. 1820, S. chr., 1819-21.1.46.

(2) De là la définition de la fraude donnée par VIDAL, *op. cit.*, p. 208 : il y a fraude « chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif ». Indiquons tout de suite que l'on se séparera de cette définition en ce qu'elle est déduite de l'exception de fraude, alors qu'il paraît toujours possible de sanctionner une tentative de fraude par affirmation *directe* de l'applicabilité de la règle évincée (l'interdiction de l'art. 909 C. civ., dans l'exemple donné) ; en d'autres termes, un moyen n'est efficace et le résultat inattaquable que s'il plait au juge de les considérer tels avant de relever la fraude du sujet.

(3) Contrairement à ce qui est souvent écrit, l'intéressée n'avait pas eu à divorcer en Allemagne, l'art. 734 C. civ. prussien assimilant sa séparation de corps à un divorce (v. S., 1876.2.255).

(4) Req., 18 mars 1878, de *Beauffremont*, S., 1878.1.193, note Labbé.

chement, afin d'échapper à une disposition impérative (1). Et l'on ne manque pas, dans les études générales, de souligner que le droit international privé fournit les meilleures illustrations de la fraude à la loi, grâce à la règle de conflit (2).

4. Ici se produit le « dérapage » qui va conduire dans la présente étude à répudier toutes les définitions de la fraude à la loi inspirées, en droit international privé, de la règle de conflit, et en toutes matières, de l'exception de fraude. Si le droit international privé se prête à l'étude de la fraude à la loi, ce n'est pas à titre principal parce que l'on y recourt au procédé de la règle de conflit ; c'est parce que toute interposition d'une loi étrangère, même ne se recommandant d'aucune règle de conflit, appelle naturellement le qualificatif de fraude en raison du caractère *en tout cas* juridique du moyen : la loi étrangère, pour être étrangère, n'en est pas moins une loi, et cela suffit à parer la violation de la loi évincée d'une apparence de régularité. Qu'une règle de conflit paraisse en outre reconnaître expressément la compétence de la loi étrangère ne constitue qu'un degré de plus dans l'apparence de régularité, mais ne saurait être considéré comme le seuil de la fraude : on interpose simplement deux normes au lieu d'une. Cette constatation fondamentale selon laquelle l'intervention, ou interposition, d'une loi étrangère constitue en toute hypothèse l'élément normatif suffisant pour parler de fraude à la loi permet de dissiper les obscurités qui entourent cette notion en droit international. On peut dire que la forêt des lois étrangères, moyen permanent de fraude, a été masquée par l'arbre de la règle de conflit, instrument de fraude exceptionnel et sanctionné — la coïncidence

(1) V. *Rép. Dall. dr. int.*, V^o *Fraude à la loi*, par Ph. FRANCESCakis, n^o 6. Tous les auteurs ne définissent pas la fraude à la loi avec une égale précision, mais les définitions sont en général proches de celle donnée au texte. Comp. ARMINJON, « La fraude à la loi en droit international privé », *Clunet*, 1920.409 ; BARTIN, *Etudes*, p. 244 et s. ; BATIFFOL-LAGARDE, n^o 370 et s. ; CASTEL, « La fraude à la loi en droit international privé québécois », *Revue du Barreau de la Province de Québec*, 1964.3 ; LOUSSOUARN, n^o 370 et s. ; MARIDAKIS, « Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », *Mél. Maury*, t. 1, p. 231 ; MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, 1952, p. 43 ; NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, 1962, p. 127 ; NIBOYET, t. III, n^o 1077 et s., « La fraude à la loi en droit international privé », *Rev. dr. int. lég. comp.*, 1926.503 ; NIEDERER, *Einführung in die allgemeine Lehren des Internationalen Privatrecht*, p. 323, 328 et s. ; PASTOR RIDRUEJO, « El fraude de la ley en Derecho Inter-regional Español », *Rev. esp. de der. int.*, 1966.40 ; PERROUD, « La fraude à la loi en droit international privé », *Clunet*, 1926.19 ; RÖMER, *Gesetzesumgehung im deutschen Internationalen Privatrecht*, 1955 ; SAVATIER, *Cours de droit international privé*, 2^e éd., 1953, n^o 324 à 326 ; VALLADAO, *Direito internacional privado*, p. 508 ; VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé* (1938), *Derecho Internacional privado* (1954), p. 323, « Reappraisal of the Concept of Evasion of Law in Private International Law », *Rev. hell. dr. int.*, 1959.264 et s.

(2) V. par ex. VIDAL, *op. cit.*, p. 179 : « Le droit international privé fournit des exemples saisissants d'éviction d'une règle jugée gênante au profit d'une règle étrangère plus souple ».

des termes n'est pas fortuite — par l'exception de fraude. On développera brièvement les deux termes de cette proposition, avant d'exposer le plan de l'étude.

A. — LES LOIS ÉTRANGÈRES, MOYEN PERMANENT DE FRAUDE.

5. « C'est dans les rapports internationaux que [la fraude] est le plus à craindre en raison du phénomène de la frontière » (1). Une illustration connue de cette observation est, en droit public, l'insitution du droit d'asile qui permet à un individu de se soustraire à l'emprise, même supposée légitime, d'une souveraineté donnée. Les lois de droit privé varient également d'un pays à l'autre, et comme chaque système connaît des lois impératives et prohibitives, c'est-à-dire des dispositions auxquelles il est impossible de se soustraire par une manifestation de volonté, il est tentant pour les individus de chercher à les écarter en se réclamant de l'application d'une loi étrangère plus permissive. Par exemple, la loi française fixe impérativement des conditions au mariage, notamment d'âge et, pour les mineurs, d'autorisation des ascendants ; il est tentant pour deux jeunes Français qui ne satisfont pas à ces conditions de se rendre en Ecosse, où une réglementation plus libérale leur permet de se marier (2). De même, la plupart des législations édictent une réglementation contraignante, de droit public et de droit privé, en matière de sociétés ; il est tentant pour les fondateurs d'une société de constituer celle-ci sous l'empire d'une législation plus libérale. C'est pourquoi les individus à la recherche d'un moyen de se soustraire à l'application d'une loi impérative qui les contrarie ne manqueront pas d'envisager les possibilités qu'offrent les lois étrangères : il est plus facile à un impubère ou à un mineur non autorisé de contracter mariage en Ecosse que de persuader un officier de l'état civil qu'il remplit les conditions requises ; l'immatriculation d'une société à l'étranger peut permettre d'invoquer l'inapplicabilité de la loi fiscale locale. C'est un auteur civiliste qui paraît avoir le mieux souligné ce facteur en faisant observer qu'une théorie de la fraude à la loi est « plus facilement admissible en droit international privé qu'en droit interne, car la loi française n'ayant pas les moyens de se prémunir contre les possibilités qu'offrent les lois étrangères peut sembler avoir besoin contre elles d'une particulière protection, tandis que, contre les possibilités qu'elle a ouvertes elle-même, il lui appartenait de pourvoir à sa propre sûreté » (3).

(1) NIBOYET, t. 3, n° 1080.

(2) V. Trib. gr. inst. Troyes, 9 nov. 1966, *Rev. crit.*, 1967.530, note Malaurie ; *Clunet*, 1968.705, note Audit. La loi écossaise ne requiert qu'une brève résidence, et l'autorisation des parents est qualifiée en Ecosse de condition de forme, soumise comme telle à la *lex loci celebrationis* ; v. ANTON, *Private International law*, 1967, p. 273 et s. et, sur le droit anglais, *infra*, n°s 395 et s.

(3) CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, n° 33, p. 117.

6. Plus facile à commettre pour les particuliers, la fraude à la loi de droit international, que l'on désignera ainsi pour l'opposer à celle qui ne met en jeu que des règles de l'ordre interne (fraude de droit interne) est également plus difficile à sanctionner en raison de l'apparence de validité particulièrement forte que lui confère l'intervention d'une loi étrangère. En termes juridiques, on dira qu'elle se réclame du *respect des droits acquis*. L'exemple du mariage est encore révélateur à cet égard. L'état de deux Français mariés à l'étranger en violation d'une disposition impérative de la loi française ne peut être au plus, au regard de celle-ci, qu'un concubinage. Encore si l'irrégularité tient à l'âge ou au défaut d'autorisation, cette irrégularité est-elle effacée rapidement et de façon rétroactive, par la volonté de la loi (1). Mais s'agissant par exemple du remariage consécutif à un divorce prononcé par telle juridiction qui fait notoirement commerce de ses décisions, l'irrégularité est en principe indélébile : le prétendu mariage n'en est pas un, et rien en droit ne peut effacer ce défaut. Pourtant, on doit constater que la réalité se heurte aux principes. Il est plus facile à deux personnes de passer pour mari et femme si leur union a été prononcée par une autorité publique exerçant sa souveraineté, fût-ce au Nevada, que s'il s'agit d'un concubinage pur et simple. Il y a là un phénomène psychologique que le droit ne peut méconnaître : à l'égard des tiers, l'intervention d'une autorité publique quelconque crée une situation qui n'existerait pas sans cette intervention. Pour les tiers les moins soupçonneux, un mariage est un mariage, quel que soit le lieu où il a été célébré ; pour ceux qui se doutent qu'il ne devrait pas suffire de prendre un avion pour faire valablement ce qui est interdit, le mariage consécutif à un divorce « migratoire » confère cependant une respectabilité sociale qui n'existerait pas sans lui. Aussi bien le droit lui-même est-il parfois amené à donner effet, de la manière la moins avouée, à de telles situations : ainsi lorsqu'est reconnu le bénéfice du mariage putatif à des époux qui avaient franchi une frontière pour contracter un mariage clandestin (2). Par là se manifeste qu'une volonté matrimoniale dépasse le stade du fait lorsqu'elle s'exprime par le recours, même délibéré, à une loi étrangère. Dans le cas le plus fréquent du divorce migratoire, il suffit que les époux soient de connivence pour que s'instaure une situation qui ne sera jamais contestée. Et même si l'une des parties se ravise et revient sur son attitude, cette situation de fait aura parfois produit des effets tels qu'il paraîtra inopportun de la déclarer contraire au

(1) V. art. 183 et 185, C. civ. Il y aura cependant lieu de se demander si le caractère international de la fraude ne commande pas que l'on apporte exception aux dispositions les plus indulgentes du droit interne.

(2) V. Civ., 8 janv. 1963, *Hohenzollern*, D., 1963.341, note Ph. M. ; *Rev. crit.*, 1963.109, note G. H. ; *J.C.P.*, 1964.II.13470, note Ph. F. ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1963.529, obs. Desbois.

droit (1). On peut dire que le temps a un effet « corrupteur » sur la fraude ; il suffit dans certains cas d'avoir entretenu une apparence de légalité pour parvenir à des fins illégales. L'intervention d'une loi étrangère est un moyen de choix pour fournir cette apparence, même si la fin n'est pas toujours atteinte. Elle constitue souvent une étape dans la « promotion du fait au droit ».

B. — LA RÈGLE DE CONFLIT, MOYEN OCCASIONNEL DE FRAUDE.

7. Ce qui précède explique que le terme de fraude vienne naturellement à l'esprit pour désigner toute éviction par une loi étrangère d'une loi jugée plus compétente. Les juristes eux-mêmes ne peuvent s'empêcher de l'employer. Mais connaissant l'existence d'une notion de fraude à la loi déduite du mécanisme de la règle de conflit et de l'exception de fraude, les juristes en sont fréquemment réduits à parler de la fraude « au sens large » (celle dont on se propose de dresser la théorie) et de la fraude au sens étroit (celle des théories traditionnelles) (2). Cette distinction est gênante, elle manque d'élégance et comme elle n'est pas toujours faite, faute d'être expliquée, la notion de fraude reste entourée d'une confusion dont on donnera trois exemples.

8. Dans une affaire *Weiller*, une Française avait obtenu d'un tribunal de Reno (Nevada) le divorce contre son mari français. Ni l'un ni l'autre des époux n'avait jamais été domicilié dans cet Etat et le mari faisait défaut à l'instance. Il intenta en France une action visant à faire déclarer inopposable le jugement étranger et obtint gain de cause. La Cour de Cassation déclara à cette occasion : « Attendu que la Cour d'appel a pu retenir et sanctionner la fraude à la loi française, dans des conditions ainsi artificiellement créées par la dame Weiller en vue de substituer aux lois françaises sur le mariage, l'application par un tribunal incompétent, d'une loi étrangère incompétente, lui permettant de répudier son mari sans débat sérieux » (3). A la suite de cet arrêt, on ne manqua pas de relever la différence entre les manœuvres sans nuance de l'intéressée pour obtenir un divorce qui heurtait de front la loi française et le type d'agissements qui donnent lieu à l'exception de fraude à la loi parce qu'ils s'appuient sur les règles mêmes du droit international privé. « Comment peut-on concevoir, écrit un savant com-

(1) Pour tout ce qui a trait au mariage et au divorce, ces effets consistent le plus souvent en un remariage de l'un ou des deux conjoints, dont sont nés des enfants ; il est alors difficile aux tribunaux de déclarer les époux bigames et leurs enfants adultérins.

(2) V. *Rép. Dall. dr. int.*, V^o *Fraude à la loi*, par Ph. FRANCESCAKIS, n^o 2.

(3) Civ., 22 janv. 1951, S., 1951.1.187 ; v. également Trib. civ. Seine, 29 juin 1938, *Clunet*, 1939.61.

mentateur, la fraude de l'intéressée comme intervenue *en vue* d'aboutir à un pareil jugement violant la loi française» (1). Cette remarque paraît entièrement justifiée. Pourtant, chacun comprend ce que les juges ont voulu dire en parlant de fraude à la loi française, et il paraît difficile de se réfréner d'employer cette expression pour respecter une définition familière à de seuls initiés.

9. De la même manière, il est courant d'énoncer qu'en matière de statut personnel, la nationalité est un facteur de rattachement préférable au domicile parce qu'il se prête moins facilement à la « fraude » (2). L'argument est fondé, et compréhensible à tous les esprits ; on change plus facilement de domicile que de nationalité. Mais la fraude dont il est ici question n'est pas nécessairement liée à l'utilisation de la règle de conflit et à l'exception de fraude : il suffit pour s'en convaincre de considérer que l'exception de fraude à la loi est une figure inconnue du droit international privé anglais ou américain, alors qu'en Angleterre et aux Etats-Unis le statut personnel est régi par la loi du domicile (3). Il se trouve simplement que la fraude à la loi de droit international, qui est un phénomène universel, est sanctionnée dans ces pays par d'autres moyens que l'exception de fraude. Il résulte de cette observation qu'une étude de la fraude à la loi en droit international ne saurait se limiter à une analyse de l'exception de fraude, et qu'il est indispensable d'entreprendre cette recherche en répudiant toute définition de la fraude incorporant la règle de conflit et inspirée de l'exception de fraude.

10. Un troisième exemple illustre l'impasse à laquelle conduit une telle définition. Il est tiré du problème de la fraude à la loi étrangère, qui doit trouver sa place dans une théorie générale de la fraude à la loi. L'état du droit en France à l'égard de la fraude à la loi étrangère peut être énoncé en deux propositions : la jurisprudence ne sanctionne pas normalement la fraude à la loi étrangère (4) ; la doctrine est en général d'avis que la fraude à la loi étran-

(1) FRANCESCAKIS, note à la *Rev. crit.*, 1951.167. V. également la note de M. Savatier sous l'arrêt d'appel, Paris, 15 déc. 1948, D., 1949.463, et MAURY, *L'éviction*, p. 155, note 241 bis.

(2) « ... le danger de fraude ... est l'objection fondamentale adressée au domicile par les partisans de la nationalité » (BATIFFOL-LAGARDE, n° 433 *in fine*) ; v. également, RAAPE, *op. cit.*, p. 131.

(3) L'expression « evasion of the law », qui traduit le plus exactement la fraude à la loi, ne correspond à aucun régime juridique particulier. Quant à l'expression de « fraude à la loi étrangère », elle est intraduisible autrement que par « violation of a foreign law ». Sur ce que la notion française de fraude à la loi n'est pas reçue dans les pays de *common law*, v. EHRENZWEIG, *Private International Law*, 1967, p. 167.

(4) V. FRANCESCAKIS, *op. cit.*, n° 40 ; MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, n° 218. V. cependant Seine, 4 mai 1962, de Gunzbourg, D., 1962.653, note Malaurie ; *Clunet*, 1963.110, note Bredin ; en appel, Paris, 18 juin 1964, *Clunet*, 1964.810, note Bredin ; *Rev. crit.*, 1967.340, note Déprez.

gère devrait être prise en considération (1). Cette opposition peut surprendre, dans une matière où, en France, la jurisprudence et la doctrine sont particulièrement attentives l'une à l'autre. Or l'opposition est plus apparente que réelle, car la « fraude » dont il est question dans la première proposition est liée à l'exception de fraude, tandis que la « fraude » évoquée dans la seconde est celle du langage courant. Aussi l'opposition disparaît-elle si l'on énonce les deux propositions de la manière suivante : l'exception de fraude à la loi ne joue pas normalement en faveur d'une loi étrangère ; mais le droit international privé français (et il n'est pas le seul) s'efforce de s'opposer à la fraude aux lois étrangères. Un bref examen de chacune de ces propositions permet de les confirmer.

11. En droit international privé, l'exception de fraude à la loi ne joue pas normalement en faveur d'une loi étrangère. C'est de cette constatation, quoique non exprimée en ces termes, que l'on a généralement déduit que le droit français ne prend pas en considération la fraude à la loi étrangère, alors qu'elle n'implique pas une telle conclusion. L'équivoque est née de ce que l'on a déduit de l'affaire *de Beaufremont* une définition de la fraude à la loi, puis que l'on s'est demandé si, dans une hypothèse « symétrique », l'on écarterait les effets de l'application de la loi française par respect pour la loi étrangère. Cette hypothèse a paru se présenter dans une affaire *Mancini* où un Italien naturalisé français demandait le divorce en France ; dans cette espèce les tribunaux français ont refusé de prendre en considération une allégation de fraude à la loi italienne (2). Deux raisons expliquent que cette décision n'ait pas la portée qu'on lui a parfois prêtée. La première est que l'on ne saurait qualifier de frauduleux le fait de demander l'application de son nouveau statut personnel lorsque celui-ci a été acquis après une résidence d'au moins cinq ans selon les lois en vigueur (3) ; à s'en tenir à la définition traditionnelle de la fraude, il n'y a en

(1) V. NIBOYET, t. 3, nos 1094 et 1095 ; BATIFFOL-LAGARDE, n° 373 ; LOUIS-LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit.*, 1962.1 ; MALAURIE, note préc. ; BREDIN, note préc.

(2) Civ., 5 févr. 1929, *Mancini*, S., 1930.1.181, note Audinet. Le véritable motif fut que la séparation des pouvoirs s'opposait à ce que les tribunaux remettent en cause l'acte administratif que constitue la naturalisation. On n'a pas manqué de relever que le motif ne vaut que pour les naturalisations et qu'il ne justifierait pas un refus général de prendre en considération la fraude à la loi étrangère (FRANDESCAKIS, *op. cit.*, n° 42 ; BATIFFOL-LAGARDE, n° 373 ; SPITERI, « La fraude à la loi étrangère », *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 1967, p. 43. Au demeurant, le juge judiciaire aurait pu déclarer la naturalisation *inopposable* à l'épouse sans mettre en cause sa validité (en ce sens, VIDAL, *op. cit.*, p. 93). L'arrêt est néanmoins fréquemment cité comme illustrant un principe, celui du défaut de sanction de la fraude à la loi étrangère.

(3) On fait ici abstraction du problème de la loi applicable aux effets du mariage d'époux de nationalité différente.

effet pas « manipulation » de l'élément de rattachement, comme si la naturalisation avait été acquise en quelques jours ou quelques semaines (1). La seconde tient à ce que l'exception de fraude repose exclusivement sur la démonstration d'une intention ; dans une hypothèse de type *Mancini*, l'intention frauduleuse (si elle existe) n'apparaîtra normalement qu'après le prononcé du divorce, par l'exercice dans le ressort de la loi évincée des droits acquis en application d'une loi incompétente. Ce n'est donc pas par l'exception de fraude que se traduira le cas échéant la sanction de la fraude à la loi étrangère, mais par le refus d'exercer sa compétence en l'absence d'un rattachement suffisant. La jurisprudence en donne précisément des exemples (2). Par conséquent, l'affaire *Mancini*, plus encore que l'affaire *de Beauffremont*, paraît avoir joué à l'égard de la théorie de la fraude à la loi un rôle sans commune mesure avec sa portée réelle.

12. En revanche, lorsque les auteurs préconisent la prise en considération de la « fraude à la loi étrangère », il est manifeste qu'ils désignent par là toutes sortes d'agissements dont bien peu donneraient lieu devant le juge étranger à l'exception de fraude (3). Il se trouve que le terme de fraude vient naturellement sous la plume pour désigner une violation de la loi perpétrée à l'abri d'une loi étrangère. C'est ainsi que l'on parle de « contrat ayant pour but de frauder la loi étrangère », ou de « fraude à un jugement étranger » (4). Dans les deux cas, la violation de la loi étrangère est revêtue d'une apparence de validité particulièrement forte parce qu'elle se produit sous l'empire et à l'abri d'une autre loi (le plus souvent la loi du for). Mais la fraude dont il est question dans ces expressions n'est pas liée à la règle de conflit ni à l'exception de fraude (5). En revanche, on comprend aisément pourquoi les auteurs préconisent en principe la prise en considération de la fraude à la loi étrangère. Alors que l'objet du droit international privé est la coexis-

(1) Il a même été soutenu que la fraude à la loi étrangère n'avait pas à être prise en considération du seul fait qu'elle serait réalisée par application de la loi du for (RIGAUX, *Droit international privé*, 1968, n° 194, p. 267).

(2) Ord. prés. Trib. civ. Seine, 28 sept. 1959, *Dawn Adams*, *Rev. crit.*, 1959.504, note Francescakis ; *J.C.P.*, 1960.II.11716, note Bellet ; confirmée par Paris, 10 nov. 1959, *Rev. crit.*, 1960.218, note Ph. F. ; *Clunet*, 1960.792, note Ponsard ; D., 1960.587, note Malaurie.

(3) A supposer que ce moyen soit connu de lui ; *supra*, n° 9.

(4) V. BATIFFOL-LAGARDE, n°s 373 (et note 82 bis), 598 ; Paris, 19 févr. 1960, *Rev. crit.*, 1960.182, note P. Lagarde. *Rappr.* une fraude de droit interne (parce que commise sous l'empire du droit compétent) mais en vue de produire effet à l'étranger, Paris, 10 juin 1972, D., 1973.296, concl. av. gén. Cabannes.

(5) Ceci explique que M. Vidal, dans son ouvrage précité, n'envisage que sommairement la question du contrat ayant pour but de frauder la loi étrangère (v. BATIFFOL, compte rendu à la *Rev. crit.*, 1959.400) ; l'étude de M. Vidal a pour objet l'exception de fraude.

tence harmonieuse des différents systèmes de droit privé, il serait incohérent de rester *en principe* indifférent devant des manœuvres ayant pour but de circonvenir une loi étrangère, sous le prétexte d'extranéité (1). Aussi bien, non seulement faut-il sanctionner en principe la fraude à la loi étrangère, mais encore le droit positif le fait-il depuis toujours. Il suffira pour le montrer de s'affranchir de la notion de fraude à la loi inspirée de l'utilisation d'une règle de conflit.

13. La théorie à dresser, si elle veut atteindre la généralité qu'implique le titre de la présente étude, devra donc rendre compte de toutes les hypothèses où l'on est amené à parler de fraude. Elle devra également rendre compte des cas de fraude notoires et non sanctionnés : il en est ainsi de la pratique connue des « pavillons de complaisance », par laquelle des flottes entières naviguent sous le pavillon d'Etats accueillants, à seule fin de se soustraire aux lois fiscales et sociales des Etats auxquels les rattachent les liens les plus étroits (2). Les théories inspirées de l'exception de fraude sont impuissantes à rendre compte de tels phénomènes et elles n'en font guère mention. C'est en effet un inconvénient majeur de ces théories que de réserver le terme de fraude aux seuls cas où celle-ci est sanctionnée et où elle l'est par appel à cette notion. De là la troublante distinction entre la fraude « au sens large » et la fraude « au sens étroit », évoquée plus haut, et les discussions pour le moins surprenantes sur le point de savoir si tel droit étranger « admet la fraude » (pour la sanctionner), alors qu'aucune souveraineté ne saurait rester par principe et en toute hypothèse indifférente devant la méconnaissance des lois qu'elle édicte (3). En réalité, les différences que l'on peut relever ne sont que de technique juridique, car les mêmes causes produisent partout les mêmes effets. En édifiant la théorie générale de la fraude, on sera amené à identifier certains domaines de la vie juridique — notamment celui de l'état des personnes — dans lesquels les possibilités de fraude par recours à une loi étrangère sont les plus grandes. L'analyse théorique expliquera ainsi le contraste observé entre « la vocation générale de la notion et le nombre réduit de ses applications effectives » (4). Bien

(1) La remarque vaut pour toutes les lois étrangères, y compris les lois de droit public. Comme on l'a écrit, « bien [que les lois étrangères] n'aient pas la valeur d'un impératif juridique hors de leur territoire, la reconnaissance en droit international public de l'Etat qui les édicte implique la présomption de la légitimité de leur empire sur leur territoire en droit international privé » (BATIFFOL-LAGARDE, n° 598).

(2) V. *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Fraude à la loi*, par Ph. FRANCESCAKIS, n° 53.

(3) On a vu des juristes étrangers, frappés par l'existence en droit français d'une « théorie de la fraude » inconnue dans leur système, se demander si leur propre droit sanctionnait la fraude.

(4) FRANCESCAKIS, *op. cit.*, n° 56.

que la théorie générale soit édiflée à partir de l'observation du droit positif, il conviendra de la vérifier par une étude de son application dans les différents domaines concernés ; de là les deux parties de cet ouvrage.

Première partie. — Théorie générale.

Deuxième partie. — Droit positif.

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE

14. Pour qu'un acte soit sanctionné comme une fraude à la loi, il faut que la loi soit méconnue, c'est-à-dire fraudée ; on ne conçoit pas, en matière civile, qu'une intention soit réprimée pour elle-même. La théorie à élaborer doit donc reposer *avant tout* sur une analyse de la situation où une loi donnée est évincée par l'application d'une loi étrangère, ce que l'on conviendra d'appeler la *violation internationale de la loi* (Chapitre I). Mais la notion de fraude étant au premier chef une notion subjective, on devra rechercher en second lieu dans quel cas il est permis de dire que la violation de la loi procède d'une *fraus* du sujet. Cette intention ne pourra normalement être établie avec certitude qu'à partir de la constatation d'un comportement objectif, que l'on analysera comme la *mise en œuvre de la violation internationale de la loi* (Chapitre II). La violation internationale de la loi étant constatée et l'intention du sujet qui est à l'origine de cette violation étant établie, se pose le problème de la sanction. C'est à ce stade seulement qu'intervient l'exception de fraude. Mais il apparaît déjà que celle-ci ne sera qu'un moyen parmi d'autres de sanctionner la fraude, puisqu'en toute hypothèse la sanction d'une fraude passe par la détermination préalable de ce que la loi est fraudée. Il est donc toujours possible de sanctionner une violation de la loi comme telle, sans relever la *fraus* du sujet. Si l'on est amené à le faire, c'est parce que le procédé de la règle de conflit prête dans certains cas à la fraude une apparence de validité particulièrement forte. Aussi est-ce la méthode même de solution des conflits de lois qui sera mise en cause avec l'étude de la *sanction de la violation internationale de la loi* (Chapitre III).

CHAPITRE I

LA VIOLATION INTERNATIONALE DE LA LOI

15. La loi est violée lorsqu'elle n'est pas appliquée alors que ses conditions d'application sont réunies. La violation d'une loi interne résulte le plus souvent de sa non-application pure et simple ; par exemple, les parties à un contrat s'entendent pour ne pas respecter la réglementation impérative qui le régit. La violation de la loi peut également résulter de la soumission d'une situation donnée à une réglementation autre que celle qui devrait la régir ; ainsi en droit interne lorsqu'un contrat est faussement qualifié par les parties (1). Dans le milieu international, la violation de la loi est le résultat de l'interposition d'une règle *étrangère* : la caractéristique de la violation internationale de la loi est que la non-application de la loi s'accompagne de l'application d'une loi étrangère à la situation qu'elle prétend régir (2).

(1) V. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, 1956, n° 6.

(2) Il faut insister sur ce que la loi étrangère s'applique en tant que telle et non simplement à titre de réglementation choisie par les individus. Si par exemple les parties à un contrat impérativement réglementé soumettent celui-ci à une loi étrangère pour échapper à la réglementation, et si le débiteur exécute volontairement son obligation, rien ne distingue cette violation de celle qui consiste à stipuler des clauses interdites sans référence à une loi étrangère. Si en revanche le créancier obtient l'exécution forcée par application de la loi étrangère désignée, il y a une violation internationale de la loi méconnue : la non-application de cette loi s'accompagne de l'application d'une loi étrangère déclarée compétente (*infra*, n° 121).

Pour cette raison, la question dite du « contrat ayant pour but la violation de la loi étrangère » ne doit pas être envisagée à cette place. Un tel contrat a le plus souvent pour objet des opérations préparatoires à l'introduction de marchandises dans un pays donné, en violation de ses lois douanières (BATIFFOL-LAGARDE, n° 598). Si en pareille hypothèse la loi étrangère est bien méconnue et si c'est le phénomène de la frontière qui permet une telle violation en isolant les souverainetés, il ne s'agit pas d'une violation internationale au sens où elle est ici entendue ; car à aucun moment l'acte ne pourrait se recommander de la moindre validité sur le territoire de la loi violée au motif qu'il serait régi par une loi étrangère. La question du contrat ayant pour but la violation d'une loi étrangère relève cependant de la présente étude : elle permet de rechercher quelle est pour un juge donné l'impérativité de la loi étrangère, question préalable à la sanction d'une fraude à la loi étrangère (*infra*, nos 219 et s.).

16. Les problèmes que soulève la violation de la loi par interposition d'une règle juridique incompatible sont pour partie les mêmes, que la norme interposée soit une règle interne ou une règle étrangère : il s'agit toujours de déterminer si les buts poursuivis par la disposition évincée seront ou non méconnus du fait de l'application de la norme interposée (1). Mais en milieu international intervient un facteur supplémentaire tenant au fait que la compétence des lois internes d'un pays donné s'exerce concurremment avec celle des lois étrangères. La mesure de la violation de la loi dépend donc *aussi* des titres respectifs qu'ont les lois en conflit à s'appliquer à la situation considérée. Parce que le conflit de lois est l'objet principal du droit international privé, on peut développer en cette matière un type d'analyse du conflit de normes dont les principes sont également applicables au droit interne, mais que les relations internationales permettent d'illustrer avec une particulière clarté (*Section I*). Il en est d'autant plus ainsi que le conflit des normes édictées par des souverainetés distinctes peut être envisagé sur le plan du droit international public : la violation d'une loi donnée par application d'une autre apparaît alors comme un abus de souveraineté (*Section II*). L'application abusive d'une loi donnée au détriment d'une loi étrangère plus compétente constituant une violation internationale de celle-ci, cette situation paraît traduire un conflit positif. Il conviendra de rechercher si tel est toujours le cas, et comment ce conflit est accueilli par l'ordre international, en étudiant les effets d'une violation internationale de la loi (*Section III*).

SECTION I

LES DEGRÉS DE LA VIOLATION INTERNATIONALE DE LA LOI

17. Le droit international privé n'a d'international que son objet : la réglementation des relations privées qui débordent le cadre d'un Etat. La réglementation internationale par sa source est réduite. L'expression de droit international privé est donc équivoque ; le plus souvent, il ne s'agit que de déterminer quelle loi *nationale* doit

(1) C'est ce que l'on appelle la détermination de l'*ordre public*, qui ne marque pas seulement la limite des volontés individuelles (art. 6, C. civ.), mais celle de toutes les volontés « extra-étatiques ». En milieu international, l'ordre public interne est contesté par l'existence d'institutions différentes (auxquelles les individus peuvent être tentés de recourir) et ceci explique que les solutions rendues en matière de conflit de lois soient un révélateur du contenu *réel* de l'ordre public interne, ainsi qu'on le verra notamment à propos du mariage et du divorce.

s'appliquer à une situation « internationale » ou « interétatique » (1). A ce jour, la société internationale offre encore l'image d'une collection de systèmes juridiques « complets », en ce sens que chacun d'eux a vocation à régir l'ensemble des activités humaines (2). Par ailleurs, chaque système de droit privé a vocation à s'appliquer universellement, que l'on envisage les règles qu'il édicte au point de vue du fond ou au point de vue de la forme. *Au fond*, un législateur ne légifère que pour ce qui tombe sous sa juridiction. Mais la loi qu'il a édictée peut être appliquée à des situations qu'il n'envisageait pas, sans que sa souveraineté en souffre. C'est l'idée que l'on exprime en disant que la loi du for a « plénitude de compétence » (3), ou encore « vocation subsidiaire » (4). C'est également l'idée qui préside à l'admission du renvoi : bien que la loi du for n'ait pas été déclarée compétente d'entrée, on ne voit en définitive aucun inconvénient à l'appliquer en acceptant le renvoi qui lui paraît fait par la loi étrangère (5). En *la forme* également, les lois internes ont une apparence de réglementation universelle, car elles sont rédigées en termes généraux et le plus souvent sans limitation spatiale. Cette observation, jointe à celle qui précède, indique que la non-application d'une loi donnée à une situation sans rattachement avec elle, et l'application à cette situation d'une loi étrangère, ne constituent qu'une violation purement formelle de la loi qui n'est pas appliquée, parce que le conflit est inexistant (A). Par contre, dès qu'apparaît un rattachement, même lointain, avec la loi considérée, il naît un conflit. Si les lois en présence sont impératives, et si elles diffèrent sur un seul point, l'application de l'une d'elles constitue une violation internationale de l'autre (B). Encore convient-il de distinguer selon les conflits, et selon la solution qui leur sera donnée, entre les violations substantielles et les violations secondaires ; en cas de violation substantielle, on pourra dire que la loi est fraudée par un moyen international (C). Et la détermination de ce que la loi interne souffre une violation substantielle ou secondaire soulève une diffi-

(1) Le second adjectif inclut les conflits à l'intérieur d'un Etat qui connaît différents systèmes de droit privé.

(2) Ces systèmes se dénombrent par centaines, puisque dans de nombreux Etats — notamment fédéraux — coexistent des systèmes de droit privé différents ; v. la note précédente.

(3) BATIFFOL, 3^e éd., n° 347 ; il s'agit ici de l'application de la loi du for chaque fois que, pour une raison quelconque, on n'applique pas la loi étrangère pourtant compétente d'après la règle de conflit.

(4) BATIFFOL, 4^e éd., n° 346. L'éminent auteur a substitué cette expression à la précédente à partir de la 4^e édition de son Traité. L'expression nouvelle a le mérite d'indiquer que la loi du for n'est appliquée qu'à défaut de pouvoir respecter la règle de conflit en appliquant la loi étrangère ; la précédente expression avait au contraire une connotation « impérialiste ».

(5) Civ., 9 mars 1910, *Soulié*, S., 1913.1.105, *Clunet*, 1910.888 : « la loi française de droit international privé ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international étranger... ». Il serait plus exact de dire que la loi *interne* ne souffre pas du renvoi fait par la règle de conflit étrangère.

culté particulière pour tout ce qui touche à l'état des personnes, en raison de l'intervention du facteur « temps » ; le degré de violation de la loi peut varier en fonction du moment auquel on l'apprécie (D).

A. — LE CONFLIT INEXISTANT ET LA VIOLATION FORMELLE DE LA LOI.

18. En la forme, le législateur ne se soucie pas toujours de préciser le domaine d'application dans l'espace ou plus exactement *international*, des lois qu'il édicte (1). Celles-ci sont alors rédigées en des termes qui permettraient au juge de les appliquer à l'univers entier, pourvu qu'il soit saisi. Tel est par exemple le cas de la loi fédérale américaine sur les accidents du travail maritime, le *Jones Act* (1920) (2). Cette loi dispose que : « Tout marin qui subira un dommage personnel au cours de son travail pourra ... intenter une action en dommages-intérêts ... [devant les tribunaux] ». Un jour se posa la question de l'application de cette loi au bénéfice d'un marin danois, blessé sur un cargo danois, alors que le navire se trouvait dans le port de La Havane. En refusant d'appliquer la loi américaine, la Cour suprême des Etats-Unis fit observer que « le Congrès a étendu notre législation et ouvert nos tribunaux à tous les marins étrangers blessés où que ce soit dans le monde et sur n'importe quel bateau : un homme d'équipage sur une jonque chinoise, n'ayant jamais quitté les eaux chinoises, tomberait sous la lettre de ce texte » (3). On pourrait multiplier les exemples de telles lois internes, dont la formulation fait des dispositions de portée universelle.

19. Par suite, chaque fois qu'une loi donnée est appliquée à une situation purement interne, on peut dire qu'un certain nombre de lois étrangères ayant le même objet et dont les termes sont suffisamment compréhensifs pour embrasser la situation considérée, sont méconnues. Ainsi, l'application de la loi danoise sur les accidents du travail maritime à un marin danois blessé sur un cargo danois dans le port de Copenhague constitue en quelque sorte une violation du *Jones Act* dans ses dispositions contraires. Naturellement, il convient de restreindre immédiatement la portée de cette affirmation, en précisant qu'il s'agit là d'une violation purement *formelle*. Les lois étrangères n'ayant aucun intérêt à s'appliquer à cette situation, *le conflit est inexistant*. Si l'on a pu parler de la violation de telle loi étrangère, c'est parce qu'en la forme, le législateur qui l'a dictée n'a pas éprouvé la nécessité d'en limiter le

(1) Le fait-il qu'il n'entend pas nécessairement interdire l'application de la loi qu'il édicte hors de ce domaine, notamment par application du renvoi ; v. la note précédente.

(2) 41 Stat. 1007 (1920), 46 U.S.C. § 688 (1964).

(3) *Lauritzen v. Larsen* 345 US 571 (1953).

champ d'application international. Mais au fond, il n'a eu en vue que les situations présentant avec la souveraineté qu'il incarne un lien significatif : soit qu'il s'en soit délibérément remis au juge du soin de décider dans chaque espèce si la loi doit recevoir application ; soit que, comme c'est plus probablement le cas, le législateur n'ait eu en vue que des espèces internes et ne se soit pas soucié du cas où la situation déborde le cadre de l'Etat.

B. — CONFLIT RÉEL ET VIOLATION INTERNATIONALE DE LA LOI.

20. Tandis que le législateur édicte des règles pour la vie juridique interne, des relations se nouent par dessus les frontières ; il se crée des relations juridiques internationales. La caractéristique de celles-ci est que deux lois au moins peuvent s'appliquer à elles, parce que ces lois sont formulées sans limitation spatiale et, surtout, parce qu'il existe avec chacune d'elles un *rattachement* qui justifierait qu'elle s'appliquât. Le conflit n'est plus inexistant, il est *réel*. Ainsi, la loi allemande et la loi française peuvent raisonnablement s'appliquer à un salarié français travaillant en Allemagne pour le compte de la filiale d'une entreprise française.

21. De ces cas multiples où une situation juridique peut être gouvernée par deux (ou plusieurs) lois internes, on peut isoler ceux où les lois en présence ne diffèrent pas sur le fond. Tel est notamment le cas lorsque les lois en conflit laissent à la liberté des individus l'organisation du rapport considéré. Il se peut aussi que telle situation soit réglementée de la même manière par les différentes lois en conflit : par exemple l'une et l'autre interdisent telle stipulation dans un contrat, ou fixent au même âge la capacité de contracter. Tous ces cas peuvent être écartés, parce que le conflit de lois est un *faux conflit*. Quelle que soit la loi que l'on déclare appliquer (à supposer que l'on ait pris conscience d'un conflit), l'autre loi est respectée ; ou encore, les deux lois peuvent être appliquées cumulativement sans qu'il en résulte de contradiction (1).

22. Dans de très nombreux cas, cependant, les lois en conflit diffèrent sur le fond (2). Il en est même de plus en plus fréquemment ainsi, après qu'à une époque de libéralisme ait succédé dans la plupart des pays une intervention croissante de l'Etat dans la vie

(1) Une telle situation de faux conflit n'est cependant pas immuable ; un conflit peut naître par suite d'une modification législative dans l'un des Etats concernés. Tel fut le cas dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1950 (affaire des *Messageries maritimes*, *infra*, n° 29).

(2) Dans les développements qui suivent ne sera envisagé que le cas de *deux* lois en conflit. Ce choix est inspiré par pure commodité, le raisonnement étant transposable aux cas où il y a plus de deux lois en conflit.

juridique et économique. Certains domaines de la vie juridique ont toujours été réglementés impérativement, tel le droit de la famille. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles à l'époque moderne la discipline du conflit de lois s'est particulièrement développée à partir d'espèces empruntées à cette branche du droit. Le développement contemporain du droit économique impératif entraîne cependant une multiplication des conflits en cette matière ; car la réglementation se diversifie à mesure qu'elle se développe. Les cas de faux conflit tels qu'ils viennent d'être définis sont donc de plus en plus rares, non seulement en matière extra-patrimoniale mais aussi en matière patrimoniale. En présence d'une situation internationale pouvant être régie par deux lois internes qui diffèrent sur le fond, deux cas sont alors à envisager : ou bien ces deux lois sont appliquées cumulativement, ou bien l'on fait en sorte qu'une seule d'entre elles soit appliquée. Dans le second cas, la loi évincée subit une violation internationale. L'examen des deux cas permet de dégager les principales caractéristiques de la violation internationale de la loi.

23. 1) Application cumulative des lois en conflit. — L'application cumulative de deux lois en conflit est la règle en matière de *droit public international*. Les Etats sont par définition directement intéressés à l'application de leurs lois de droit public ; ils appliquent donc celles-ci sans préoccupation du fait qu'une autre loi prétend régir la même situation. L'exemple du droit fiscal international est topique : chaque souverain applique ses lois fiscales sans souci du rattachement que peut présenter l'activité ou la situation qu'il frappe avec un système étranger. Il en résulte un phénomène de double imposition, qui n'est évité que par une convention internationale (1). Soit par exemple une société du pays A ayant également des activités dans le pays B. Cette société peut être imposée dans le pays A sur la totalité de ses revenus mondiaux, et dans le pays B sur ses revenus locaux ; ceux-ci sont donc imposés deux fois. D'une telle situation, on peut dégager des observations fondamentales pour la notion de violation internationale de la loi. Lorsque les deux lois sont appliquées, *aucune d'elles n'est violée*. Il en est ainsi dans les matières de droit public, parce que les souverainetés en conflit étant directement intéressées, aucune d'elles ne prend le risque de voir lui échapper une situation présentant avec elle un lien jugé significatif, même si ce lien n'est pas exclusif (2) ; les lois fiscales sont pour l'autorité chargée de les appliquer des *lois d'appli-*

(1) Une telle convention peut avoir pour effet d'harmoniser la solution du conflit, ou de supprimer tout conflit en harmonisant les législations.

Sur l'ensemble de la question, v. CHRÉTIEN, « Existe-t-il un droit international fiscal commun ? », *Rev. crit.*, 1953.215 et s., 491 et s., 677 et s. et 1954.39 et s., 487 et s., 719 et s. ; ROTHSTEIN, *Rép. Dall. dr. int.*, V^o *Impôts*.

(2) « Les Etats transigent plus facilement sur les prérogatives privées de leurs ressortissants que sur leurs prérogatives propres » (LOUSSOUARN, n^o 1).

cation immédiate. Le fait qu'une loi étrangère puisse s'appliquer à la même situation est en principe indifférent à l'autorité publique. Mais on peut alors ajouter qu'en pareil cas, *chaque loi commet un certain abus en s'appliquant*; car elle s'applique partiellement à des situations qui ne tombent pas sous sa juridiction, ou plus exactement elle s'applique sans restriction à des situations qui ne sont pas entièrement sous sa juridiction (1). Bien que le droit international (public), dans son état actuel ne paraisse pas condamner la double imposition (2), on peut dire que dans la société internationale idéale, ce phénomène serait éliminé. L'application cumulative de deux lois de droit public à une situation donnée, dont le droit fiscal fournit maints exemples, traduit le défaut d'organisation de la société internationale.

24. Le droit privé connaît également des cas d'application cumulative des lois en conflit. La double application n'y est cependant pas la règle, car la caractéristique des lois de droit privé est que leur application à tel cas individuel n'intéresse pas *directement* l'Etat (3). C'est donc largement de l'initiative des individus que dépend l'application cumulative des lois en conflit ou la solution du conflit par l'application d'une seule des lois concernées. En présence d'intérêts antagonistes, chaque partie invoque normalement l'application de la loi qui lui est favorable. Si les parties ne s'entendent pas sur la désignation d'un arbitre, ou si une telle désignation n'est pas acceptée par les lois en conflit, on assiste à une application cumulative de ces lois, laquelle présente les caractéristiques dégagées à propos des lois de droit public. Par exemple, une Française mariée à un Italien demande le divorce en France, contre le gré de son mari, et l'obtient. Cette femme est considérée comme libre en France, et comme mariée en Italie (double application); chaque loi s'applique abusivement : la loi française en ce qu'elle dispose du statut matrimonial d'un Italien, la loi italienne en ce qu'elle dispose du statut matrimonial d'une Française (4).

25. 2) *Solution du conflit par application d'une seule des lois en conflit*. — En l'absence d'intérêt privé antagoniste, l'individu seul, ou plusieurs individus de concert, font en sorte qu'une seule loi

(1) Il y a dans le monde des zones de « surtaxation » et des zones de « sous-taxation ». Dans la mesure où le commerce est libre entre les unes et les autres, il se produit un phénomène quasiment physique d'appel des capitaux des premières vers les secondes. Les particuliers jouent sur les différences, et sur les cloisonnements de la société internationale, pour rechercher l'imposition minimum. Selon que le transfert des capitaux correspond ou non à un transfert effectif des activités, on peut parler d'évasion fiscale, ou de fraude fiscale, internationale.

(2) CHRÉTIEN, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1954.732; ROTHSTEIN, *op. cit.*, n° 77.

(3) LOUSSOUARN, n° 1 et 37; BATIFFOL-LAGARDE, n° 245 et s.

(4) Civ., 6 juill. 1922, *Ferrari*, D.P., 1922.1.137; S., 1923.1.5, note Lyon-Caen.

interne soit appliquée à une situation internationale (1). Et même, à partir d'une situation interne, le sujet peut *créer* le conflit pour provoquer l'application de la loi qu'il désire ; ce sera la fraude à la loi de droit international, que commettent par exemple deux époux qui vont demander le divorce devant un tribunal étranger et complotant, parce que leur loi personnelle ne leur permet pas de divorcer. Toute application d'une loi interne à une situation internationale ne correspond cependant pas à une fraude du sujet, et il convient ici de se limiter à l'analyse de la situation où un conflit de lois est résolu par l'application de l'une des lois internes en conflit. *L'application de cette loi constitue une violation de l'autre*, dans la mesure où celle-ci peut légitimement s'appliquer. C'est également un *abus de souveraineté de la part de la loi qui s'applique*, dans la mesure corrélatrice où la situation considérée échappe à sa juridiction. Il est donc permis de conclure que chaque fois que deux lois impératives et divergentes peuvent raisonnablement s'appliquer, l'application de l'une est une violation internationale de l'autre, et il se commet un abus de la part de la loi qui s'applique. Il en sera ainsi aussi longtemps que les relations privées internationales seront régies par des lois internes (2). Dans ces conditions, l'objet de la discipline du conflit de lois peut être défini comme la recherche de la loi interne *la plus* compétente pour régir une situation internationale, de façon à *minimiser* la violation internationale que la solution du conflit (fût-elle la solution la plus satisfaisante) rend inévitable (3). Un moyen d'y parvenir est d'approfondir la notion de violation internationale de la loi, en distinguant les violations substantielles des violations secondaires.

C. — VIOLATION SUBSTANTIELLE ET VIOLATION SECONDAIRE DE LA LOI.

26. Lorsqu'une situation donnée présente des rattachements avec plusieurs systèmes juridiques qui tous la réglementent, et de façon différente, l'application de l'une des lois en conflit cons-

(1) Le domaine normal de cette situation est le droit privé, l'Etat n'étant pas directement intéressé à l'application de la loi à tous les cas qu'elle vise.

(2) A cet égard, l'élaboration d'une réglementation propre aux relations internationales (v. par ex. la Convention de La Haye de 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels) n'a d'autre effet que d'ajouter une loi de plus, en conflit avec les lois internes, et la même analyse est transposable lorsque la loi « internationale » est appliquée au détriment de deux lois internes (v. *Rev. crit.*, 1972.190). La violation « internationale » de la loi est inhérente au phénomène interétatique et ne pourra disparaître qu'avec lui.

(3) C'est là la conclusion à laquelle parvenait Pillet, selon laquelle l'harmonie à établir entre les législations positives ne pouvait être obtenue « qu'à l'aide d'un sacrifice » (PILLET, « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Clunet*, 1894.434).

titue une violation des autres. Mais cette violation est de gravité variable selon l'importance quantitative des rattachements respectifs, et également selon leur importance *qualitative*. La règle de conflit prend en considération l'importance qualitative de chaque rattachement, en désignant le plus significatif pour déterminer la loi applicable (1). Ainsi, le rattachement le plus significatif d'un délit est considéré être le lieu de survenance, et l'on applique normalement la loi ainsi désignée nonobstant par exemple l'extranéité des parties. Cependant, cette méthode de désignation de la loi applicable néglige le fait que la loi écartée est dans une certaine mesure violée. Puisque l'on a désigné le rattachement le plus significatif, on estime qu'il ne peut y avoir de grave injustice à appliquer la loi à laquelle ce rattachement conduit. Or cette manière de voir a fait l'objet de critiques de la part d'une fraction de la doctrine américaine contemporaine (2). Une nouvelle approche du conflit de lois a été suggérée, dont un des aspects offre un intérêt capital pour l'analyse de la violation internationale de la loi. Il s'agit de la distinction du vrai conflit et du faux conflit, dont il convient d'exposer en premier lieu le principe; celui-ci ayant été illustré de deux exemples, la portée de la distinction pour l'analyse de la fraude à la loi de droit international pourra être mise en lumière.

27. 1) Principe de la distinction du vrai conflit et du faux conflit. L'expression de faux conflit a déjà été employée, pour désigner la situation où deux lois en conflit étant identiques sur le fond, il importe peu que l'une soit appliquée de préférence à l'autre (3). On peut également parler de faux conflit alors même que les deux lois en conflit diffèrent radicalement sur le fond. C'est le grand mérite de la doctrine américaine contemporaine d'avoir mis en lumière cette idée (4), qui permet d'approfondir la notion de violation internationale de la loi.

(1) Tel était l'objet de la recherche de SAVIGNY, dans le tome VIII de son *Traité de droit romain* (v. notamment § 348, p. 30, trad. Guénoux, Paris, 1851); *adde* : BATIFFOL, 3^e éd., n° 238.

(2) VON MEHREN, « Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux Etats-Unis », *Clunet*, 1973.116.

(3) *Supra*, n° 21.

(4) La notion de faux conflit a, semble-t-il, été dégagée par B. Currie, qui a employé l'expression de *false problem*. Les principaux articles de cet auteur important sont rassemblés dans CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 1963.

La notion de faux conflit avait également été introduite par D. Cavers, dans un article où il répudiait la méthode de la règle de conflit et s'efforçait de présenter une méthodologie nouvelle, ne faisant plus appel à des règles de conflit « mécaniques » et « aveugles »; v. CAVERS, « A Critique of the Choice — of — law Problem », 47 *Harv. L. Rev.* 173 (1933), et *The Choice — of — Law Process*, 1965.

Pour une étude plus récente centrée sur la notion de faux conflit, v. WESTEN, « False Conflicts », 55 *Cal. L. Rev.* 74 (1967).

28. Un conflit de lois est un *vrai conflit* lorsque chacune des lois en présence a un intérêt à s'appliquer à la situation considérée, compte tenu de la politique législative (*policy*) qu'elle traduit et des rattachements que la situation présente avec elle; c'est un *faux conflit* lorsqu'une des lois a un intérêt à s'appliquer, tandis que l'application de l'autre ne servirait que peu, ou pas, les objectifs qu'elle se propose. La détermination du caractère vrai ou faux du conflit est le résultat d'une analyse en plusieurs étapes. On détermine en premier lieu le point de droit à résoudre aussi étroitement que possible. On examine ensuite les rattachements que présente la situation considérée avec chacune des lois en conflit. On recherche enfin les politiques suivies par les lois en conflit. A la lumière de ces rattachements et de ces politiques différentes, il est possible de dire si l'une et l'autre loi ont un intérêt à s'appliquer (1). Dans l'affirmative, on est en présence d'un vrai conflit; dans la négative, on est en présence d'un faux conflit, dont l'identification doit supprimer toute hésitation quant à la loi applicable.

29. 2) *Exemples.* a) Une société du pays A emprunte des fonds sur le marché financier du pays B. Le contrat d'emprunt contient une clause d'indexation, sur le cours de l'or, des sommes à rembourser. Cette clause est interdite dans le pays A pour les paiements internes, mais les paiements internationaux sont spécifiquement exclus de la prohibition. La clause est licite dans le pays B au moment de l'emprunt, mais elle vient à y être interdite avant l'échéance, sans qu'il soit fait de distinction entre les paiements internes et les paiements internationaux. A l'échéance, un litige s'élève entre les créanciers du pays B, qui réclament le respect de la clause d'indexation valide d'après la loi de A, et la société débitrice du pays A, qui invoque la prohibition de cette clause dans le pays B (2). Le conflit est un vrai conflit, comme le montre une analyse suivant le schéma indiqué. Le *point de droit* à résoudre est la validité de la clause d'indexation. Les *rattachements* sont répartis entre les deux pays. d'une part, les obligations ont été émises dans le pays B et libellées dans la monnaie de ce pays; d'autre part, la société débitrice est domiciliée dans le pays A, un rattachement particulièrement important dans le contrat d'emprunt. Les *politiques législatives* ayant dicté la réglementation dans chaque pays sont les suivantes. Celle du pays A est de maintenir la clause d'indexation (favorable aux créanciers) dans les opérations internationales pour permettre à ses nationaux de se

(1) La parenté du raisonnement avec celui de Pillet (et même des statutaires) est certaine (v. GOLDMAN, *Clunet*, 1973.VI), mais l'analyse est moins dogmatique que celle de l'auteur français qui se proposait de classer les lois en deux groupes selon leur but.

(2) Cet exemple est inspiré de l'arrêt des *Messageries maritimes*, Civ., 21 juin 1950, *Rev. crit.*, 1950.609, note Batiffol; D., 1951.749, note Hamel; S., 1951.1.1, note Niboyet; *J.C.P.*, 1950.II.5812, note J. Ph. Lévy; *adde* : LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « A propos du contrat international », *Clunet*, 1951.4.

procurer du crédit à l'étranger. Celle du pays B est d'empêcher que les débiteurs ne se prémunissent contre l'inflation monétaire par des clauses d'indexation, parce que l'on estime que ces clauses nourrissent l'inflation. A la lumière de ces rattachements et de ces politiques législatives, il est clair que l'une et l'autre loi ont un *intérêt* à s'appliquer : celle du pays A, parce que la réputation de ses emprunteurs sur les marchés internationaux serait compromise si l'on permettait à certains d'invoquer une loi étrangère pour se soustraire à leurs engagements exprès ; celle du pays B, parce que les efforts législatifs pour combattre l'inflation seront contrecarrés, si l'on permet à des créanciers de sommes d'argent de recevoir des sommes calculées sur le cours de l'or. Le conflit est ici un *vrai conflit*, avec cette conséquence que, l'une et l'autre loi ayant un intérêt à s'appliquer, *la violation de l'une par application de l'autre est inévitable*.

30. b) Un résident du pays X va faire une promenade en automobile dans le pays limitrophe Y en compagnie d'un ami. Alors qu'ils se trouvent dans le pays Y, la voiture s'écrase contre un arbre et le passager est blessé. La loi de Y interdit en pareil cas à la personne transportée bénévolement d'agir en responsabilité contre le conducteur ; la loi de X ne connaît pas cette interdiction (1). Le *point de droit* litigieux n'est pas « la loi applicable à la responsabilité », comme le veut la méthode classique de la règle de conflit (2), mais la loi applicable au point de savoir si l'action du passager doit être admise ou non (3). La situation présente des *rattachements* avec l'un et l'autre pays : le demandeur et le défendeur sont domiciliés dans le pays X, où ils se sont connus, où leur voyage a commencé et devait prendre fin le jour même et où le véhicule est immatriculé et assuré ; l'accident est survenu dans le pays Y, et l'on sait que le lieu de l'accident est le rattachement traditionnel en la matière. Les *poli-*

(1) Cet exemple est inspiré d'un arrêt new-yorkais *Babcock v. Jackson* 12 NY 2d 477, 191 NE 2d 279, 240 NYS 743 (1963) (v. le texte en français *Rev. crit.*, 1964. 284). Sur cet arrêt, v. notamment CAVERS, CHEATHAM, CURRIE, EHRENZWEIG, LEFLAR, REESE, « *Babcock v. Jackson* : A recent development in the Conflict of Laws », 63 *Col. L. Rev.* 1212-1257 (1963). Dans cette espèce, les parties étaient domiciliées dans l'Etat de New York et l'accident est survenu dans l'Ontario.

(2) V. Civ., 30 mai 1967, *Rev. crit.*, 1967.728, note Bourel.

(3) Seule une détermination étroite du point de droit à résoudre permet d'isoler et de comparer les politiques législatives. Le reproche immédiat que l'on ne manquera pas d'élever contre cette façon de procéder est qu'elle peut conduire à un « dépeçage » du délit (comme on a dénoncé par ailleurs un « dépeçage du contrat »). Ce reproche est peut-être inspiré par des considérations plus théoriques que pratiques. En premier lieu, il se peut qu'il n'y ait pas d'autre divergence entre les lois en conflit, auquel cas il n'y a aucun inconvénient à cerner le problème le plus étroitement possible. D'autre part, on s'opposerait au morcellement du contrat pour éviter que des lois différentes lui soient appliquées lors de litiges successifs. Mais la désignation « globale » d'une loi pour régir un contrat dans une affaire donnée n'empêcherait pas un autre tribunal saisi de la même affaire, d'appliquer une loi différente, la première décision n'ayant qu'un effet relatif dans le pays même où elle a été rendue.

tiques législatives en cause sont les suivantes. Le pays X ne connaît pas de disposition particulière à la relation « hôte-passager » dans la réglementation des délits ; on estime que dans tous les cas, la victime d'un accident doit être indemnisée par la personne responsable (1). Dans le pays Y, au contraire, on interdit expressément à la personne transportée bénévolement d'agir contre le transporteur. L'examen des travaux préparatoires de la loi révèle la raison précise de cette interdiction : on a voulu empêcher les actions concertées entre un conducteur et l'ami qu'il transporte, au détriment des compagnies d'assurances. A la lumière de cette analyse, le conflit s'éclaire d'un jour nouveau. La loi du pays Y n'a que peu d'intérêt à s'appliquer : l'assureur qui devra indemniser la victime est une société du pays X. La loi de ce pays a tout intérêt à s'appliquer : la victime y est domiciliée, de même que le responsable du dommage, et celui-ci y est assuré. Accessoirement, on peut faire observer que la relation entre le responsable et la victime étant née dans le pays X, l'application de la loi de ce pays n'aura pas de quoi les surprendre ; on ne pourrait en dire autant de l'application de la loi du pays Y, avec lequel un rattachement est né de façon fortuite. On est ici en présence d'un *faux conflit*, avec cette conséquence qu'une *violation internationale de la loi est évitable* : c'est la loi de X, dont l'intérêt est manifestement prépondérant, qui doit être appliquée. Certes, en appliquant la loi de X, on consacre en quelque sorte une violation de la loi de Y, en ce que cette loi avait un titre à s'appliquer comme loi du lieu du délit ; mais son intérêt est si faible en l'espèce, qu'il s'agit d'une violation mineure. Au contraire, si l'on applique la loi de Y, comme le voudrait la règle traditionnelle, c'est la loi de X qui est violée et il s'agit là d'une violation substantielle ; cette loi avait en effet un titre largement prépondérant à s'appliquer, et si elle est écartée, son but est manqué. Ce but consiste à indemniser dans tous les cas les victimes d'accidents, et le législateur qui a édicté cette loi entendait légitimement disposer pour les débiteurs et les créanciers de responsabilité tous domiciliés sur son territoire. On peut donc conclure de cet exemple qu'en cas de *faux conflit*, l'application de la loi n'ayant qu'un intérêt mineur dans l'espèce consacre une violation substantielle de la loi écartée.

31. 3) Portée de la distinction. — La distinction du « vrai conflit » et du « faux conflit » est extrêmement féconde pour l'analyse du conflit de lois ; elle ne constitue cependant pas une panacée, contrairement à ce qu'ont paru espérer certains auteurs qui l'ont développée. On peut en effet observer en premier lieu que seule l'identification du *faux* conflit présente un intérêt direct pour la *solution* du conflit de lois. On devrait en effet normalement s'accorder en

(1) Dans le cas de l'Etat de New York, cette politique était d'autant plus affirmée que la législature avait successivement repoussé différents projets de loi tendant à interdire l'action du passager bénévole.

présence d'un tel conflit pour écarter l'application de la loi n'ayant qu'un intérêt mineur à s'appliquer (1). Mais lorsque l'analyse conduit à l'identification d'un vrai conflit, on ne peut que constater qu'il n'existe pas de solution véritablement satisfaisante à ce conflit; la solution que lui donneront les juges comportera nécessairement une part d'arbitraire (2). En second lieu, l'identification du faux conflit est rarement aussi aisée que dans l'exemple qui vient d'être donné. Une fraction de la jurisprudence américaine, sous l'influence de la doctrine, s'est engagée, par des décisions remarquées, dans une analyse « fonctionnelle » du conflit des lois telle qu'il vient d'en être donné deux exemples. Elle a peu à peu

(1) Il est remarquable que certaines juridictions françaises soient parvenues, dans des circonstances analogues à celles de l'affaire *Babcock v. Jackson*, au même résultat que la Cour d'appel de New York, et par une technique qui n'est différente qu'en apparence. Il s'agissait d'un accident survenu en Allemagne entre automobilistes français; le demandeur recherchait la réparation intégrale du dommage subi, mais la loi allemande n'indemnise que le préjudice matériel. Le principe de la *lex loci delicti* commandait cependant son application alors que l'on était en présence d'un faux conflit caractéristique. Successivement le tribunal de la Seine (2 nov. 1962, *Gaz. Pal.*, 1963.1.373, *Rev. crit.*, 1964.111, note Bourel), puis la Cour de Paris (20 oct. 1963, *Gaz. Pal.*, 1963.2.355, *Rev. crit.*, 1964.332, note P. L.) écartèrent la loi allemande en la déclarant contraire à l'ordre public français. La notion d'ordre public est une notion vague; mais les termes employés par la Cour de Paris, invoquant « le but social affirmé par la loi », rappellent l'analyse de Pillet et évoquent la *policy* américaine (soit la politique législative traduite par une disposition donnée). L'arrêt de la Cour de Paris a cependant été cassé (Civ., 30 mai 1967, *Rev. crit.*, 1967.728, note Bourel), au motif que : « ... Quelle que soit la nationalité des parties, la loi compétente pour régir la responsabilité extra-contractuelle est la loi du lieu où le fait s'est produit ». La Cour suprême a donc préféré la certitude de la règle de conflit aux avantages d'un raisonnement plus nuancé; ce n'est pas ici le lieu de critiquer sa décision.

La Chambre des Lords anglaise s'est référée à la méthodologie américaine dans un important arrêt, *Chaplin v. Boys* [1969] 3 W.L.R. 322 (*Rev. crit.*, 1970.78, note Graveson et Wortley). Il s'agissait d'un accident survenu entre militaires britanniques à Malte. Tandis que la loi locale ne permettait au défendeur que de recouvrer les dommages matériels (en l'occurrence une somme de 53 livres), la loi anglaise lui accordait une réparation totale (soit 2 303 livres). Pour écarter la loi du lieu du délit, un juge affirma : « Rien n'indique que l'Etat maltais ait un intérêt à voir sa loi appliquée à des personnes résidant hors de son territoire, ou à refuser l'application de la loi anglaise à ces parties ». Sur cette affaire et sa portée, v. MORRIS, « L'évolution récente du droit international privé anglais », *Clunet*, 1973.195.

(2) Currie était d'avis que lorsqu'est identifié un vrai conflit (après que le tribunal ait interprété la loi du for de façon « modérée et restreinte ») il n'y a pas d'autre issue pour le for saisi que d'appliquer sa propre loi; c'est en effet la politique législative locale que le for se doit de faire progresser (*to advance*) en premier lieu; v. CURRIE, *Selected Essays*, p. 119. Il est de fait que, consciemment ou non, les juges auront tendance en cas de vrai conflit, à faire prévaloir la loi du for.

Lorsque le conflit se trouve posé à un for « désintéressé », c'est-à-dire un for pour lequel les deux lois en conflit sont des lois étrangères, Currie a exprimé l'opinion que les juges pourraient aussi bien se décider en lançant une pièce de monnaie (*op. cit.*, p. 120, 121). L'étude de l'effet d'une violation internationale de la loi dans un ressort tiers (*infra*, nos 99 et s.) permet cependant d'identifier des facteurs de solution plus rationnels que la méthode suggérée par Currie.

été entraînée dans des subtilités qui autorisent à douter de l'opportunité de la méthode (1). Mais il convient d'en retenir le principe de la distinction du vrai conflit et du faux conflit, car cette distinction apporte une contribution fondamentale à l'analyse de la violation internationale de la loi (2).

32. En présence d'un vrai conflit, la violation de l'une des lois est inévitable, parce que la loi écartée, comme la loi appliquée, a un titre raisonnable à régir la situation considérée; c'est même là la caractéristique du vrai conflit. Mais s'agissant par hypothèse d'une situation qui déborde le cadre interne, il convient de se demander dans quel cas la violation d'une loi interne est suffisamment substantielle pour justifier la réaction du juge qui viendrait à en connaître (sous la forme, par exemple, d'un refus d'exequa-

(1) *Dym v. Gordon* 16 NY 2d 120, 209 NE 2d 792, 262 NYS 2d 463 (1965). La victime a été blessée dans l'automobile où elle avait pris place, invitée par un ami. Tous deux suivaient un cours d'été de quelques semaines dans le Colorado, mais étaient domiciliés à New York. La voiture était immatriculée dans cet Etat. Une loi du Colorado interdit l'action du passager bénévole, sauf en cas de faute grave (non établie en l'espèce).

En première instance l'action de la victime fut déclarée recevable par application de la loi de New York, la Cour s'appuyant sur l'autorité de *Babcock v. Jackson*. La loi de cet Etat visant à indemniser les victimes y domiciliées, et à inciter ses conducteurs à la plus grande prudence, tous ces buts étaient remplis par son application à l'espèce, sans nuire aux intérêts du Colorado, estima la Cour. Cette décision fut cependant réformée en appel, au motif que la loi du Colorado, lieu de résidence — même temporaire — des parties, où était née leur relation, où le déplacement avait commencé et devait prendre fin, avait un titre supérieur à s'appliquer; ainsi la Cour, en s'appuyant également sur l'autorité de *Babcock v. Jackson* parvint à un résultat inverse de celui atteint par les premiers juges. Cet arrêt fut confirmé par la Cour d'appel de New York (Cour suprême de cet Etat).

Les difficultés auxquelles conduit la méthode nouvelle apparaissent si l'on considère qu'en analysant la *policy* du Colorado, qui, comme l'Ontario, interdisait l'action du passager bénévole, la Cour identifia non pas un objectif, mais trois: à la prévention des actions concertées au détriment de l'assureur s'ajoutaient le souci d'empêcher l'action d'un passager ingrat et celui d'assurer la réparation prioritaire des tiers blessés par suite de la négligence du conducteur (de fait, en l'espèce, le défendeur avait heurté une voiture immatriculée dans le Kansas).

On mesurera enfin la confusion à laquelle peut conduire la méthode adoptée en constatant que le précédent *Dym* a été expressément écarté dans un arrêt ultérieur: *Tooker v. Lopez* 23 NY 2d 569, 249 NE 2d 394 (1969). Sur cette jurisprudence, v. VON MEHREN, *op. cit.*, p. 135 et s.

(2) Les conceptions américaines ont paru trouver un écho dans le projet de Convention sur les accidents de la route, signé à La Haye le 26 octobre 1968 (v. les commentaires de M. Batiffol, *Rev. crit.*, 1969.215, et de M. Loussouarn, *Clunet*, 1969.5). Des dérogations ont été apportées au principe de la *lex loci delicti*, notamment par l'introduction exceptionnelle de la loi du lieu d'immatriculation du véhicule (v. art. 4). Mais ceci ne constitue en rien une adoption de la méthode analysée plus haut, car il ne s'agit jamais que de remplacer une règle de conflit par une autre et non de se prononcer compte tenu de la *teneur* des lois en conflit. Il est probable que les compagnies d'assurances ne pourraient se satisfaire de solutions recherchées par cette méthode qui paraît ruiner toute prévisibilité (v. la note précédente).

tur) (1). La violation de la loi par application d'une loi étrangère en cas de vrai conflit ne choque pas comme sa non-application pure et simple à une situation interne. On sent bien que la loi est moins méconnue lorsqu'elle n'est pas appliquée parce que la situation considérée présente des rattachements importants avec un système étranger, que dans le cas où la situation est purement interne. Et ce sentiment est justifié, puisque c'est toujours par un certain abus qu'une loi interne s'applique à une situation internationale (2). Ainsi, en cas de vrai conflit, la loi appliquée déborde le cadre de sa stricte compétence et la loi écartée est partiellement « frustrée ». Mais pas plus l'abus que la violation ne choque, parce que l'un et l'autre sont inévitables. Mieux vaut que le conflit soit ainsi réglé, plutôt que par l'application cumulative des lois en conflit (3). C'est pourquoi il paraît justifié de ne pas parler de fraude à la loi par application d'une loi étrangère lorsque le conflit était un vrai conflit : la violation de la loi en pareil cas n'est pas substantielle mais secondaire.

33. Il y a en revanche un lien très précis entre le faux conflit et la fraude à la loi. On peut parler de fraude à la loi lorsqu'un faux conflit est résolu par l'application de la loi qui n'avait qu'un intérêt minime, ou pas d'intérêt, à s'appliquer. En effet, si c'est la loi la plus compétente qui est appliquée, la loi écartée ne souffre qu'une violation secondaire, voire formelle, à la mesure de son intérêt dans l'espèce. Si c'est au contraire la loi moins compétente qui est appliquée, la loi écartée souffre une violation substantielle, et l'on peut dans ce cas dire qu'elle est *fraudée*. Alors qu'en cas de vrai conflit, la violation de la loi écartée est tolérable parce que la loi appliquée justifie d'un titre sérieux à l'être, il n'existe aucune justification de cet ordre dans l'hypothèse ici envisagée ; non seulement la loi écartée subit une violation substantielle, mais cette violation ne trouve en général pas de contrepartie dans l'harmonie des relations internationales (4). Le seul intérêt qui peut être favorisé, en pareil cas, c'est l'intérêt de celui, ou de ceux, qui ont provoqué l'application de la loi sans compétence. Cette observation conduit à quitter un instant le point de vue de la loi méconnue, pour se placer au

(1) Ceci vaut pour la violation internationale d'une loi étrangère comme pour la violation de la loi du for. Sur le conflit entre deux lois étrangères, v. *infra*, n° 100.

(2) *Supra*, n°s 23 et s.

(3) Soit l'exemple d'application cumulative des lois en conflit évoqué *supra* (n° 24) de la Française mariée à un Italien. Si la loi française insiste pour que la Française puisse divorcer et la loi italienne pour que l'Italien reste marié, on aboutit à la situation qui a été décrite comme une « situation d'opérette d'une femme mariée n'ayant plus de mari et d'un mari divorcé ayant toujours une femme » (LOUSSOUARN, p. 424, note 1).

(4) La seule justification peut parfois résider dans le maintien en principe d'une règle de conflit qui se prête exceptionnellement à une solution malheureuse.

point de vue de l'agent qui cherche à violer la loi, c'est-à-dire à commettre une fraude.

34. L'agent qui désire frauder la loi par un moyen international va créer un faux conflit et tenter de provoquer l'application de la loi sans compétence. Le plus souvent, il saisira un tribunal étranger, avec la certitude que ce tribunal appliquera sa propre loi. S'il n'avait pas cette certitude, il ne prendrait en général pas la peine de se déplacer et d'encourir des dépenses souvent élevées. Le fraudeur a besoin de certitude (1). Et cette certitude, c'est le renom de certaines lois notoirement complaisantes qui la lui apporte. Il existe certaines législations dont la fonction essentielle est de se prêter à la fraude aux lois étrangères. Leur application systématique par les autorités publiques à tous ceux qui en font la demande incite les individus soumis à une loi plus stricte à provoquer leur application chaque fois que cela paraît utile. La fraude à la loi de droit international n'est pas autre chose. On verra qu'elle s'exerce plus particulièrement dans certains domaines; ces domaines sont notamment ceux où il est particulièrement difficile de se prononcer sur le degré de violation internationale de la loi en raison de l'intervention du facteur « temps ».

(1) En présence d'un vrai conflit, il n'est jamais possible de dire avec certitude quelle loi sera appliquée, même s'il existe une légère présomption en faveur de la loi du for. Ainsi dans l'affaire de l'emprunt des *Messageries maritimes*, *supra*, p. 28, note (2) qui offrait l'exemple caractéristique d'un vrai conflit, les juridictions françaises ont appliqué la loi française; mais cette solution n'était nullement acquise, comme en témoignent les nombreux commentaires qui l'ont entourée.

On peut essayer de justifier la solution rendue en montrant que dans ce vrai conflit, l'intérêt de la loi française était supérieur à celui de la loi canadienne. En effet, l'inconvénient pour la France de voir la réputation d'emprunteur de ses nationaux endommagée sur toutes les places du monde (conséquence de l'application de la loi canadienne) était sans doute plus important que l'inconvénient pour le Canada de voir quelques centaines, ou quelques milliers, de porteurs recevoir une somme légèrement supérieure à celle que la loi canadienne autorisait (conséquence de l'application de la loi française).

Mais inversement, on aurait pu se demander si la loi française n'avait pas simplement pour objet d'interdire aux Français de se prévaloir de l'interdiction interne à l'encontre d'une loi *autorisant* ces clauses et non pas à l'encontre d'une loi qui les interdisait également. Dans ce cas, on aurait pu refuser le jeu de l'indexation.

Quoi qu'il en soit, c'est aux Pays-Bas — dont la législation sur ce point était identique à celle de la France — que la décision devait finalement être exécutée. Aussi peut-on conclure que dans un vrai conflit, c'est en définitive la territorialité qui l'emporte.

D. — L'INFLUENCE DU TEMPS SUR LA VIOLATION INTERNATIONALE DE LA LOI : LE PROBLÈME DES ACTES CONSTITUTIFS D'ÉTAT.

35. Dans les deux exemples évoqués plus haut pour illustrer la distinction du vrai conflit et du faux conflit, le problème était de déterminer la loi applicable à une situation dont tous les rattachements étaient connus, parce qu'elle avait épuisé ses effets sitôt née : un contrat dans le premier exemple, un délit dans le second (1). En pareil cas, l'acte par lequel le juge se prononce pour l'application de l'une des lois en conflit est un acte *déclaratif*. Dès l'instant que le juge s'est prononcé, il est permis de dire si telle loi est méconnue, et dans quelle mesure. L'analyse peut présenter de grandes difficultés, mais au moins dispose-t-on pour la mener à bien, d'éléments qui ne peuvent plus varier. Plus complexe est le problème lorsque le juge (ou toute autre autorité publique) est appelé à conférer des droits pour l'avenir, notamment dans les *actes constitutifs d'état* ; il s'agit par exemple de célébrer un mariage, de prononcer un divorce ou de créer un être moral. Pour déterminer dans ces cas la loi applicable, en cas de conflit, on ne dispose d'éléments certains, objectifs, qu'en ce qui concerne le passé, alors qu'il s'agit de créer une situation dont les effets vont se développer dans l'avenir (2). Or ce qui est un vrai conflit au moment où l'autorité se prononce peut devenir par la suite un faux conflit, et inversement ; l'avenir seul permettra donc de dire avec certitude quelle loi a un titre supérieur à s'appliquer, car les personnes physiques se déplacent et l'activité d'une personne morale peut s'exercer dans différents pays. Aussi une loi qui pouvait avoir un titre prépondérant à gouverner le statut d'une personne à un moment donné peut ne plus avoir le même titre quelques années plus tard ; une autre qui n'en avait pas, peut en avoir acquis un. A cet égard, on peut observer que la difficulté est inégale, pour résoudre le conflit, selon qu'il s'agit de créer un état nouveau (ou un être nouveau) ou de se prononcer sur la validité de la création ou de la modification antérieures d'un état.

36. S'agit-il de *créer un état nouveau*, on ne dispose que de rattachements passés, tels que la nationalité ou le domicile de l'individu. Pour connaître les rattachements futurs, on est obligé de s'en remettre à des présomptions, fondées sur ces rattachements objectifs passés, ou à une déclaration de volonté des intéressés. Voici deux résidents du pays A, où le mariage est indissoluble, qui demandent le divorce dans le pays B, où ils affirment vouloir fixer leur principal

(1) *Supra*, nos 29 et 30.

(2) S'agissant de la création d'un être moral (société) on ne dispose guère d'autre rattachement que la volonté exprimée par les fondateurs quant aux activités futures de la personne morale ; l'existence d'un siège dans le ressort du lieu d'immatriculation peut n'être que symbolique.

établissement. Le conflit est à ce moment un faux conflit, dans lequel la loi de A a le plus grand intérêt à régir la situation ; mais d'après les déclarations des intéressés, ce conflit sera bientôt un vrai conflit, et puis de nouveau un faux conflit, dans lequel c'est la loi de B qui aura acquis un titre prépondérant à s'appliquer. Soit un individu qui sollicite de l'autorité publique sa naturalisation, ou l'immatriculation d'une société ; rien ne permet d'affirmer avec certitude qu'il ne mettra pas à profit les droits sollicités pour les exercer dans un autre ressort. Le problème posé par ces situations devra être étudié en détail pour chaque institution (naturalisation, mariage, divorce, constitution de société) (1). Il n'est évoqué ici que pour montrer la difficulté de qualifier un conflit en vue de choisir la loi applicable à la création (ou la modification) d'un état.

37. Le problème se pose en termes différents, et la difficulté est moindre, lorsqu'il ne s'agit pas de conférer un état nouveau, mais de *se prononcer sur la validité d'un état acquis*. La certitude quant à la loi la plus compétente pour régir cet état a cru avec le temps : faible aussitôt après son acquisition, elle est forte quelques années plus tard, alors que l'on sait dans quel ressort ont été exercés les droits conférés ; la certitude est même complète lorsque le caractère du conflit ne pourra plus changer par suite du décès de la personne (ou de sa dissolution s'il s'agit d'une personne morale). C'est pourquoi il est permis de se demander s'il est nécessairement de bonne technique de déterminer selon les mêmes principes la loi applicable à l'acquisition d'un état d'une part, et la validité de l'état créé d'autre part. Par exemple, on apprécie généralement la capacité de se marier selon la loi de la nationalité ou du domicile respectifs des parties. Mais si quelques décennies plus tard est invoquée la nullité du mariage contracté en violation de l'une de ces lois, il est permis de penser que la loi du domicile matrimonial — supposée différente — a un titre supérieur à régir la validité de ce mariage (2). Car ce peut être un véritable contre-sens que de sanctionner la violation d'une loi qui ne souffre plus qu'une violation secondaire, ayant perdu avec le temps le titre qu'elle avait à s'appliquer au moment où elle a été méconnue (3). Il ne faut par conséquent jamais perdre de vue qu'en matière d'état, la qualification de vrai conflit ou de faux conflit peut varier avec le temps.

38. La jurisprudence est obligée de tenir compte de ces nuances et de composer avec une règle de conflit qui les ignore. Soit par

(1) *Infra*, II^e Partie.

(2) *V. infra*, II^e Partie, Titre II.

(3) En particulier, une sanction appliquée dans ces conditions peut faire le jeu d'un demandeur mal intentionné.

exemple la question de savoir dans quels cas les lois françaises sur le mariage sont méconnues par l'application d'une loi étrangère. Pour répondre à cette question, il faut déterminer le champ d'application de ces lois. La réponse de principe est donnée par l'article 3, alinéa 3 du Code civil, qui dispose que les lois françaises régissent les Français même résidant en pays étranger, et duquel on a déduit que les étrangers résidant en France sont régis par leur loi nationale. Ces principes ne tiennent pas compte du temps de résidence des uns et des autres en pays étranger ; c'est pourquoi la jurisprudence a dû, expressément ou par des moyens détournés, introduire le rattachement au domicile, lequel tient compte de ce facteur. S'agissant en premier lieu des nationaux, les principes ne tiennent pas compte du fait que la loi française est moins applicable à un Français ayant son domicile à l'étranger qu'à un Français dont le domicile est en France ; c'est ainsi que si le premier obtient le divorce par application de la loi de son domicile et pour une cause inconnue de la loi française, celle-ci est moins méconnue que si le second quitte la France le temps de saisir un tribunal et revient aussitôt. C'est la raison pour laquelle les tribunaux saisis de demandes d'exequatur des jugements étrangers ont développé une théorie dite de l'« équivalence », qui sous le prétexte de l'identité de la loi étrangère et de la loi française, permet de reconnaître un divorce obtenu à l'étranger sans fraude par deux époux Français (1). Dans le cas où un seul des époux est Français, la Cour de cassation a, dans le même arrêt, expressément reconnu la compétence de la loi du domicile et déclaré que l'« effet atténué » de l'ordre public permettait de reconnaître un divorce prononcé pour une cause inconnue de la loi française (2). Cet arrêt apportait deux tempéraments nécessaires, l'un quant aux personnes, l'autre *dans le temps*, à la règle selon laquelle la loi française s'applique aux « Français », même résidant en pays étranger ; mais en substituant le « domicile » à la nationalité en tant que rattachement du statut personnel en pareil cas, l'arrêt a pris soin de réserver la fraude, c'est-à-dire de distinguer le domicile effectif de la résidence éphémère. Il suffit pour rendre compte de cette jurisprudence de recourir à la distinction du vrai conflit et du faux conflit : la qualification de vrai conflit rend tolérable une violation internationale de la loi française. Réciproquement, la règle de conflit bilatérale tirée de l'article 3, alinéa 3 du Code civil ne tient pas compte du fait que les lois françaises sur le mariage peuvent s'appliquer légitimement, à défaut de pouvoir s'appliquer exclusivement, aux étrangers dont le domicile est en France. La jurisprudence a également dû atténuer le principe, par divers subterfuges : l'un consiste à accepter un renvoi — parfois douteux — de la loi étrangère à la loi française ; un autre à feindre d'ignorer l'extranéité des parties, ou la teneur de la loi

(1) *Infra*, n° 499.

(2) Civ., 17 avr. 1953, *Rivière*, *Rev. crit.*, 1953.412, note Batiffol. Sur la portée méthodologique de cet arrêt, v. P. LAGARDE, « Destinées de l'arrêt *Rivière* », *Clunet*, 1971.241.

étrangère (1). Qu'il s'agisse d'appliquer leur loi nationale à des Français ou à des étrangers, la jurisprudence française a donc été amenée à tempérer les effets indésirables d'un rattachement qui ne tient pas compte du facteur « temps » en matière de statut personnel ; elle l'a fait en introduisant explicitement ou implicitement le rattachement au domicile (2). Cet exemple montre bien que la sanction d'une violation internationale alléguée de la loi en cette matière doit être précédée d'une analyse qui tienne compte de l'élément « temps ».

39. Il apparaît donc que la violation de la loi revêt en milieu international un aspect particulier : la non-application de la loi s'accompagne de l'application d'une loi étrangère différente sur le fond, alors que la loi évincée prétendait, au moins formellement, s'appliquer. Lorsqu'une situation donnée présente des liens avec plus d'un système juridique, l'application à cette situation de l'une des lois en conflit constitue une violation internationale de l'autre (ou des autres). Dans certains cas, une telle violation est inévitable, parce que les rattachements sont équitablement répartis entre les souverainetés en conflit ; mais de ce fait, on ne peut dire que la loi évincée souffre une violation substantielle, ou encore qu'elle est fraudée, puisque la situation se trouve largement hors de son champ d'application légitime : aussi une telle violation ne crée-t-elle pas un danger de subversion pour l'ordre international. Dans d'autres cas, en revanche, une violation internationale de la loi est évitable, parce que l'une des lois en conflit a un intérêt manifestement moindre à régir la situation ; si c'est cette loi qui est néanmoins appliquée, on peut dire que la loi évincée est fraudée. Il n'est pas possible de tracer une séparation nette entre la violation secondaire et la violation substantielle de la loi. Cette détermination dépend d'une part des buts que l'on reconnaît à la disposition en question ; et d'une décision à l'autre, l'analyse peut s'affiner au point de dicter des solutions radicalement différentes (3). En second lieu, la réponse dépend des titres respectifs qu'ont l'une et l'autre des lois en conflit à s'appliquer à une situation ou à un type de situation donnés. La discussion sur ce point fait intervenir un grand nombre de nuances ; c'est précisément elle qui constitue l'objet, et fait l'intérêt, de la discipline du conflit de lois. Enfin, dans le

(1) V. Civ., 12 mai 1959, *Bisbal*, *Rev. crit.* 1960.62, note Batiffol, *J.C.P.*, 1960.II.11733, note Motulsky, D., 1960.610, note Malaurie, *Clunet*, 1960.812, note Sialelli.

(2) Les Conventions de La Haye récentes paraissent avoir résolu la question de la manière la plus satisfaisante en adoptant pour rattachement en tout ce qui touche à la personne la « résidence habituelle » ; ce critère a la supériorité sur celui de la nationalité d'incorporer l'élément « temps » et sur celui du domicile de ne pas tenir compte de l'élément subjectif que constitue l'*animus manendi*.

(3) V. les avatars de la jurisprudence de l'Etat de New York sur l'action du passager transporté à titre gratuit ; *supra*, n° 31 et notamment p. 32, note (1).

cas particulier des questions d'état, un élément supplémentaire d'incertitude intervient, tenant à l'introduction du facteur « temps ». Le défaut de séparation nette entre la violation substantielle et la violation secondaire de la loi ne doit pas embarrasser. Contrairement à ce que certains excès de théorie peuvent donner à penser, le droit n'est pas réductible à des formules d'une rigueur mathématique, et il est préférable de recourir à un vocabulaire moins précis, mais permettant de rendre compte du droit positif, plutôt que de solliciter celui-ci dans son interprétation pour préserver l'intégrité de systèmes rigides. La même conclusion s'imposera lorsque l'on tentera de définir la fraude à la loi envisagée dans son aspect actif, c'est-à-dire en la personne du sujet. On sait déjà que cette fraude consistera de sa part à créer un faux conflit, de façon à entraîner l'application de la loi n'ayant qu'un intérêt secondaire, ou nul, à s'appliquer. Avant de procéder à cette étude, il convient d'observer que la violation substantielle d'une loi donnée est le fait de l'application d'une loi étrangère sans titre suffisant. En d'autres termes, seul un exercice abusif de compétence de la part d'un Etat permet une violation internationale de la loi.

SECTION II

VIOLATION INTERNATIONALE DE LA LOI ET ABUS DE SOUVERAINETÉ

40. La loi interne subit une violation internationale lorsqu'elle est évincée par l'application d'une loi étrangère ; elle est fraudée lorsqu'elle avait un titre à s'appliquer manifestement supérieur à celui de la loi appliquée (faux conflit). Le plus souvent, la violation internationale de la loi est le fait d'une autorité appliquant sa propre loi au détriment d'une loi étrangère. Il est rare qu'en présence d'un faux conflit dans lequel c'est la loi de l'autorité saisie qui a un intérêt prépondérant à s'appliquer, cette autorité déclare la loi étrangère compétente (1). Elle est cependant amenée à le faire, au nom du respect international des droits acquis, lorsqu'une souveraineté étrangère a préalablement exercé sa compétence à l'égard d'une personne ou d'une situation donnée : par exemple, si un Etat étranger reconnaît tel individu comme son national, les autorités pourront

(1) Le cas peut cependant se produire, comme dans l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1967, qui a écarté la loi française au profit de la loi allemande pourtant moins compétente (*supra*, p. 31, note 1). Cette solution pouvait cependant se justifier par l'intérêt supérieur qu'il y a de maintenir en principe la règle de conflit donnant compétence à la loi du lieu du délit et de ne pas écarter au nom de l'ordre public la loi d'un pays voisin.

Sur le cas où l'autorité saisie appliquerait une loi tierce, v. *infra*, n° 107.

hésiter à lui faire application de la loi locale, quand bien même cet individu se rattache en fait par ses liens les plus étroits à l'Etat du for. En pareil cas, l'autorité publique entérine une fraude à sa propre loi ; mais elle a été amenée à le faire par respect pour une souveraineté étrangère et parce que celle-ci avait au préalable exercé sa compétence. Il apparaît donc qu'une fraude à la loi de droit international n'est le plus souvent rendue possible que par un abus de compétence de la part d'une souveraineté étrangère. Cette corrélation peut être mise en évidence dans les diverses manifestations de l'exercice par un Etat de sa compétence internationale en matière de droit privé. Mais avant d'envisager celles-ci, il convient de se demander si le droit international public ne prend pas en considération, pour le condamner, l'abus de compétence que commettrait une souveraineté donnée en disposant pour des cas qui se rattachent plus étroitement à une souveraineté étrangère.

§ 1. — Compétence internationale et abus de souveraineté

41. On peut définir la compétence en droit international comme un « pouvoir légal d'exercer une activité juridique » (1) ou, de manière plus explicite, comme l'aptitude pour un Etat de prescrire et d'appliquer une règle de droit (2). Ainsi la promulgation d'une loi fiscale ou la détermination d'une infraction constituent de la part d'un Etat un exercice de sa compétence, de même que la levée d'un impôt ou l'application d'une peine. Mais l'Etat n'exerce pas seulement sa compétence dans les questions de droit public, auxquelles il est directement intéressé : lorsqu'un tribunal se prononce sur la validité ou les effets d'un contrat entre particuliers, il exerce sa compétence internationale. Dans quel cas peut-on dire qu'un Etat exerce sa compétence abusivement ? On se propose de montrer qu'il en est ainsi lorsqu'il l'exerce à l'égard d'une situation qui ne lui est pas rattachée par des liens substantiels ; en d'autres termes que l'*effectivité* constitue un critère (non nécessairement exclusif) de compétence légitime dans l'ordre international. Après avoir brièvement exposé la thèse, on en recherchera l'illustration en droit positif.

A. — L'EFFECTIVITÉ, CRITÈRE DE LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE : EXPOSÉ DE LA THÈSE.

42. La doctrine internationaliste classique a fait de la souveraineté un critère de l'Etat : l'Etat est une entité souveraine dans

(1) CAVARÉ, *Le droit international public positif*, t. 1, p. 185.

(2) *Restatement of the Law, Second, Foreign Relations Law of the United States* (1965), Chap. I, § 6.

l'ordre international et la société internationale est formée d'une juxtaposition d'Etats souverains. Mais la souveraineté des Etats n'est plus aujourd'hui entendue comme la liberté pour eux d'agir sans frein : dans la société internationale comme dans la société interne, la liberté de chacun trouve notamment sa limite dans l'égale liberté d'autrui. Ainsi, en tant que l'exercice par un Etat de sa souveraineté affecte les autres Etats, cet exercice s'opère sous l'autorité du droit international (1). La question se pose donc de savoir quelle est la norme applicable à l'exercice de sa souveraineté par un Etat qui fait que cet exercice est opposable aux autres, ou plus exactement, puisque la liberté est de principe, quelle est la norme en vertu de laquelle cet exercice de compétence pourrait ne pas leur être opposable. La réponse paraît résider dans le principe de l'*effectivité*.

43. La notion d'*effectivité* est fréquemment invoquée en droit international (2). En tant qu'elle fonde l'exercice de sa compétence par un Etat au point de vue du droit international, on peut l'entendre comme « ce degré de réalité sociale que doivent atteindre certains faits ou situations pour s'intégrer dans un ordre juridique et y recevoir leur élaboration technique » (3). Il n'appartient pas à un Etat de se créer unilatéralement des titres auxquels les autres Etats seraient tenus de se conformer. S'il existe un droit international, celui-ci doit faire respecter une répartition des compétences entre les Etats, conforme à l'*effectivité* des situations. On peut même affirmer que le degré d'achèvement du droit international se mesure notamment à sa capacité d'assurer le respect d'une répartition des compétences. Le fait que le principe de l'*effectivité* ne soit pas encore expressément reçu comme un principe du droit international traduit précisément le degré d'inachèvement de celui-ci. L'expression du principe n'en est pas moins fréquente en droit positif.

B. — ILLUSTRATION PAR LE DROIT POSITIF.

44. Le principe de l'*effectivité* trouve à s'exprimer, de manière expresse ou implicite, dans un domaine où les Etats se créent de

(1) « ... (A)ujourd'hui où l'ancienne notion de Souveraineté a disparu et a fait place à une notion moins impérieuse, plus accommodante, moins exclusive, rien ne s'oppose à l'adoption de l'idée de compétence, c'est-à-dire en définitive à l'idée de souveraineté du droit par rapport à l'Etat, le second recevant seulement du premier ses possibilités juridiques d'action » (CAVARÉ, *op. cit.*, p. 167). « La société souveraine n'est pas celle qui n'a point de supérieur, mais celle qui n'en a point d'autre que l'ordre juridique international » (AUBERT, *Rép. Dalloz dr. int.*, V^e Etat, n^o 24) ; rapp. COLLIARD, *Institutions internationales*, 5^e éd., Dalloz, 1970, n^o 77).

(2) DE VISSCHER (Ch.), *Les effectivités du droit international public*, 1964.

(3) DE VISSCHER (Ch.), *Théories et réalités en droit international public*, 1960, p. 391.

façon unilatérale un titre qu'ils entendent faire respecter par les autres souverainetés : celui de la nationalité. On en trouve l'expression aussi bien s'agissant de la nationalité des individus, que s'agissant de ce que l'on a appelé la « nationalité » des personnes morales ou du rattachement des navires (1).

45. 1) *La nationalité des individus*. — Le principe de l'effectivité en matière de nationalité s'affirme en présence d'un conflit de nationalités ou comme condition à l'exercice de la protection diplomatique. Le *conflit de nationalités* a fait l'objet d'une Convention de La Haye du 12 avril 1930 (2). Celle-ci énonce en premier lieu le principe selon lequel il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux ; mais le texte ajoute aussitôt que cette législation ne s'impose aux autres Etats qu'en tant qu'elle est conforme au droit international (art. 1). Si la Convention ne précise pas quels sont les principes généraux en la matière, elle fait application du critère de l'effectivité pour résoudre le conflit de nationalités devant un Etat tiers ; l'article 5 dispose en effet qu'en pareil cas, le choix doit s'effectuer en faveur de la nationalité du pays dans lequel l'intéressé a sa résidence habituelle et principale, ou avec lequel, au vu des circonstances, il paraît être en fait le plus étroitement rattaché. Il s'agit bien là de faire prévaloir celle des deux souverainetés qui avait le plus de raison d'exercer sa compétence, même si ce choix n'implique pas de jugement défavorable à l'encontre de l'autre. C'est également en faveur de la nationalité effective que se prononce la jurisprudence internationale, en général approuvée par les auteurs (3).

46. C'est de cette jurisprudence que s'est inspirée la Cour Internationale de Justice dans l'arrêt *Nottebohm*, pour poser en principe l'effectivité du lien de nationalité comme condition d'exercice de la *protection diplomatique* (4). Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une naturalisation obtenue en quelques semaines et sans que l'intéressé ait jamais résidé de manière habituelle dans l'Etat naturalisant avant de l'obtenir était inopposable à un Etat tiers pour l'exercice de la protection diplomatique ; cette nationalité, estima la Cour, ne

(1) L'expression de « nationalité des sociétés » n'est plus guère discutée, les réserves nécessaires étant unanimement admises : v. LOUSSOUARN et BREDIN, n°s 238 à 240. S'agissant des navires, l'expression est certainement impropre (BATIFFOL-LAGARDE, n° 64, LOUSSOUARN, n° 85) et c'est pourquoi on lui préférera celle de « rattachement ».

(2) Cette convention, en vigueur entre une douzaine d'Etats, n'a pas été ratifiée par la France.

(3) V. la sentence de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye du 3 mai 1912, *Canevaro*, *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1913.328, *Clunet*, 1912.317 et, sur la question en général, BATIFFOL-LAGARDE, n°s 81 et 82 ; LAGARDE, *Rép. Dalloz dr. int.*, V° Nationalité, n°s 33 et s.

(4) *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 4.

pouvait être considérée « comme effective, comme l'expression juridique exacte d'un fait social préexistant, ou se constituant ensuite » (1). Le grand intérêt de cette décision vient de ce qu'il ne s'agissait pas de trancher un conflit de nationalités mais de se prononcer sur l'opposabilité internationale du lien de nationalité à l'encontre d'un Etat qui ne revendiquait pas l'intéressé comme son propre national. Or le lien de nationalité n'a d'effets propres que dans l'ordre international; si une nationalité conférée sans lien suffisant ne peut être opposée aux Etats étrangers — au moins dans la période suivant immédiatement le moment où il a été créé (2) — il est permis de conclure que pour être conforme au droit international, ce lien doit être effectif (3).

47. L'Etat qui confère sa nationalité à un individu sans rattachement effectif commet donc un abus de compétence. Cet abus de compétence permettra le cas échéant une fraude à la loi de l'Etat auquel l'individu se rattache le plus étroitement, si celui-ci prévoit que la possession d'une nationalité étrangère fait perdre celle qu'il confère, ou à la loi d'un Etat tiers. Pratiquement, on doit cependant relever qu'il n'est pas de l'intérêt d'un Etat de s'attacher par le lien de nationalité des individus sans rattachement suffisant; c'est pourquoi si des abus sont concevables dans la définition globale des nationaux par un texte de loi (attribution de la nationalité d'origine), ils se produiront plus vraisemblablement dans des cas individuels et par le biais de la naturalisation. D'autre part, il est inévitable qu'un certain nombre d'individus aient une nationalité « de droit » qui ne corresponde pas à leur nationalité « de fait ». Ceci résulte de la combinaison du *jus sanguinis* et du *jus soli*, de l'influence du mariage sur la nationalité et de la mobilité des individus, qui constituent autant de causes difficilement réductibles de « faux conflits ». Aussi

(1) *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 24.

(2) Il y a lieu en effet de limiter soigneusement la portée de l'arrêt *Nottebohm* quant à l'inopposabilité dans le temps du lien constitué par la naturalisation; *infra*, n° 350.

(3) L'Institut de Droit international a adopté le 10 septembre 1965, lors de sa session de Varsovie, une résolution aux termes de laquelle « une réclamation internationale présentée par un Etat en raison du dommage subi par un individu peut être rejetée par l'Etat requis ou être déclarée irrecevable lorsque, compte tenu des circonstances propres à la cause, il apparaît que la naturalisation a été octroyée à cet individu en l'absence de tout lien de rattachement » (*Ann. Inst. dr. int.*, 1965, t. 2, p. 262).

Ce principe paraît avoir été mis en cause par une sentence arbitrale de la commission de conciliation italo-américaine en date du 20 septembre 1958 dans l'affaire *Flegenheimer* (v. *Ann. suisse*, 1961, vol. XVIII, p. 155 à 228). Tout en mentionnant « la grande règle de l'effectivité qui domine tout le droit des gens » (*op. cit.*, p. 167) la commission a en effet critiqué la jurisprudence *Nottebohm* et estimé qu'une nationalité conférée sans le support de l'effectivité pouvait sortir ses effets sur le plan international. Mais la commission a réservé le cas de « fraude, négligence ou erreur grave », ce qui confirme la thèse ici soutenue; si l'absence d'effectivité n'est pas nécessairement le signe d'une fraude, la fraude va de pair avec l'absence d'effectivité.

bien est-ce plutôt par la mise en œuvre dans l'ordre international d'un lien de nationalité sans effectivité, c'est-à-dire par l'exercice de la protection diplomatique (1), que l'abus de souveraineté prend corps (2). Inversement, le fait que dans la plupart des pays la décision d'exercer cette action soit discrétionnaire (3) constitue une sorte de « soupape de sûreté » contre les conséquences gênantes de l'existence de « nationaux » sans lien effectif (4).

48. 2) La « nationalité » des sociétés. — Les sociétés dotées de la personnalité juridique étant assimilées aux personnes physiques, la question de leur « nationalité », c'est-à-dire de leur rattachement à un Etat donné, se pose également en cas de conflit entre deux allégeances possibles, ainsi que pour l'exercice de la protection diplomatique. En ce qui concerne les *conflits d'allégeance* possibles, les principes applicables peuvent être déduits d'un projet de Convention signé à La Haye le 1^{er} juin 1956 sur la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés (5). L'article 1^{er} de la Convention dispose que la personnalité juridique doit être reconnue lorsqu'elle a été acquise en vertu de la loi de l'Etat contractant où les formalités de l'enregistrement ou de publicité ont été remplies et où se trouve le siège social statutaire. Il dépend donc de chaque Etat de fixer indirectement les conditions dans lesquelles une personne morale pourra revendiquer sa « nationalité » ; cela dépendra du régime plus ou moins strict qui sera édicté et pratiqué en matière d'immatriculation des sociétés. Cette disposition de la Convention peut être mise en parallèle avec le principe de la liberté des Etats dans l'attribution de leur nationalité aux individus ; il s'agit au fond de la

(1) Selon l'affirmation de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Chemins de fer de Panevėsy-Saldutiskis*, « en l'absence d'accords particuliers, seul le lien de nationalité donne à l'Etat le droit de protection diplomatique » (C.P.J.I., 28 févr. 1939, série A/B, n° 76, p. 16).

(2) Tous ces points sont clairement illustrés par l'affaire *Nottebohm*, qui sera étudiée plus en détail, *infra*, nos 355 et s. Il est bon toutefois de souligner que la décision de la C.I.J. dans cette affaire (admission d'une exception préliminaire) ne préjuge en rien la validité des mesures qui avaient été prises contre l'intéressé et qui avaient motivé l'action de l'Etat demandeur.

(3) Selon le principe énoncé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Macromatis*, le droit d'exercer la protection diplomatique pour le compte de l'Etat (C.P.J.I., Série A, n° 2, p. 12). Il en résulte que les rapports entre l'Etat et son ressortissant qui serait victime d'un acte illicite relèvent du *droit interne*. Sur la pratique française, v. ROUSSEAU, *Droit international public*, 6^e éd., Dalloz, 1971, n° 121 ; sur la pratique américaine, v. STEINER et VAGTS, p. 156 et s.

(4) La Cour internationale de Justice a relevé, dans l'arrêt *Nottebohm*, la pratique des Etats qui s'abstiennent d'exercer la protection diplomatique pour le compte de nationaux qui ont en fait perdu tout rattachement avec ce qui n'est plus pour eux qu'une patrie nominale (C.I.J. Rec., 1955, p. 22) ; *adde, infra*, n° 347.

(5) Sur cette convention, v. LOUSSOUARN, « La condition des personnes morales en droit international privé », *Recueil des cours*, 1959, I, p. 519 ; LOUSSOUARN et BREDIN, nos 289 et s.

même chose. Mais si cette liberté est exercée sans frein, elle offre les mêmes possibilités de fraude aux particuliers dans le contexte international. Ces possibilités sont même plus grandes encore en matière de personnes morales, puisqu'il dépend de la seule volonté des individus de fixer le siège social statutaire, et de le fixer *ab initio*, tandis qu'un individu ne choisit pas sa nationalité d'origine et qu'un changement de nationalité soulève en général certaines difficultés. C'est en raison de cette facilité, et des risques qu'elle crée, que l'article 2 de la Convention de 1956 ajoute : « Toutefois, la personnalité acquise conformément aux dispositions de l'article premier pourra ne pas être reconnue dans un autre Etat contractant dont la loi prend en considération le siège réel ... ». Ainsi la Convention permet à un Etat de réagir contre un usage abusif de sa compétence par un autre Etat, en faisant prévaloir le lien effectif sur le lien formel. La nécessité d'un lien effectif entre la société et le lieu de constitution a par ailleurs été formellement exprimée dans une résolution de l'Institut de Droit International relative aux sociétés anonymes en droit international privé (1).

49. Le droit de la C.E.E. illustre également le principe de l'effectivité en matière de rattachement des personnes morales. Réglementant la liberté d'établissement au sein de la Communauté, l'article 58, alinéa 1^{er} du Traité de Rome a assimilé aux ressortissants des Etats-membres les « sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat-membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté ». La référence au siège statutaire revenait pratiquement à accorder le bénéfice de la liberté d'établissement dans un Etat donné à une société n'ayant d'autre lien avec un Etat-membre où elle serait constituée qu'un siège purement nominal. C'est pourquoi les Programmes généraux arrêtés par le Conseil de la C.E.E. le 18 décembre 1961 pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement ont prévu que les sociétés n'ayant dans la Communauté que leur siège statutaire ne bénéficieraient de cette liberté qu'« à condition que... leur activité présente un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat-membre... » (2). D'autre part, les Etats-membres ont conclu le 29 février 1968 une Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales. Ne pouvant retirer sur le plan de la reconnaissance ce qui avait été accordé sur celui de la jouissance des droits, la Convention a dû retenir en principe le critère de l'incorporation (art. 1^{er}). Mais aux termes de l'article 3, un Etat contractant peut ne pas appliquer la Convention aux sociétés dont le siège réel se trouve hors de la Communauté « si ces sociétés... n'ont pas

(1) *Ann. Inst. dr. int.*, 1965, t. 2, p. 264 (art. IV).

(2) V. GOLDMAN, *Droit commercial européen*, 2^e éd., 1971, nos 121 et s.; LOUSSOUARN et BREDIN, n° 419.

de lien sérieux avec l'économie [d'un Etat-membre]» (1). Il s'agit donc bien de subordonner la reconnaissance, comme la jouissance des droits, au principe de l'effectivité, qui trouve ici une illustration remarquable.

50. Cependant, il est difficile à un Etat de s'assurer lors de l'immatriculation de chaque société que celle-ci n'est pas constituée sous l'empire de sa loi pour échapper aux dispositions plus contraignantes de la loi d'un Etat étranger auquel la rattachent les liens les plus étroits. Aussi est-ce au plan de la *protection diplomatique* que se trouvera normalement posé le problème de l'effectivité du lien, dans le cas où un Etat prétendrait agir pour défendre les intérêts d'une société constituée dans de telles conditions. A la suite de l'arrêt *Nottebohm*, l'opinion a été généralement exprimée en doctrine que les principes dont il s'inspirait étaient intégralement transposables à la matière de la protection des personnes morales (2). La question ne s'est pas trouvée directement posée à la Cour internationale de justice, mais elle s'élevait incidemment dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (3). Dans cette affaire, la Belgique demandait réparation à l'Espagne du dommage subi par les *actionnaires* d'une société de droit canadien, mais dont elle s'offrait à prouver que le capital était presque intégralement en mains belges, du fait de la mise en faillite de la société en Espagne où se trouvait le centre de ses activités. Au stade initial de l'affaire, le Canada avait également agi par la voie diplomatique, mais il semble que les intérêts canadiens furent indemnisés par des accords privés, et la Belgique exerçait seule l'action pour le compte des actionnaires. Par son arrêt, la Cour a déclaré la demande de la Belgique irrecevable, au motif que seul l'Etat national de la société, en l'occurrence le Canada, avait qualité pour l'exercer. Dans le cours de sa décision, elle a affirmé qu'« il ne saurait y avoir d'analogie avec les questions soulevées ou la décision prise » dans l'affaire *Nottebohm*, et ajouté qu'« il n'y a pas d'obstacle juridique empêchant le Gouvernement canadien de protéger la *Barcelona Traction* » (4). Ces affirmations allant à l'encontre de la thèse ici défendue, il convient d'analyser de plus près la décision pour mesurer leur portée et leur valeur.

(1) GOLDMAN, *op. cit.*, n° 613 et 614; LOUSSOUARN et BREDIN, n° 422.

(2) V. notamment JESSUP, « The UN Conference on the Law of the Sea », 59 *Col. L. Rev.*, 234, 256 (1959); DE VISSCHER (P.), « La protection diplomatique des personnes morales », *Recueil des cours*, 1961.I, p. 451.

(3) *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 3. V. FRANCISAKIS, « Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux. L'arrêt *Barcelona* de la Cour internationale de Justice », *Rev. crit.*, 1970.609.

(4) *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 42, 45.

51. L'objet de l'instance n'était pas la qualité pour agir du Gouvernement canadien. La Cour l'a elle-même précisé (1), et dans ces conditions, on peut estimer qu'il ne lui appartenait pas de se livrer à des conjectures sur ce point, comme l'ont fait observer deux de ses membres dans une déclaration commune (2). Cependant, la Cour avait elle-même indiqué une raison valable pour laquelle un Etat autre que l'Etat national de la société pourrait être admis à faire valoir une réclamation au nom des actionnaires ; il pourrait en être ainsi dans le cas où l'Etat national lui-même n'aurait pas qualité pour agir (3). La Cour ayant ainsi soulevé la question de la qualité du Canada pour agir au nom de la société, d'une façon que l'on peut estimer pertinente, aurait pu l'examiner de façon exhaustive ; or elle n'a fait que l'écarter par des affirmations sommaires.

52. En premier lieu, si l'on s'intéresse au titre que pouvait avoir le Canada à exercer la protection diplomatique en faveur de la société ou des actionnaires, l'affirmation selon laquelle il n'existe aucune analogie entre l'espèce considérée et l'affaire *Nottebohm* est pour le moins surprenante. L'analogie évidente a au contraire frappé maints esprits, et elle a été longuement développée dans deux opinions individuelles (4). L'une d'elles est allée jusqu'au terme de l'analogie, estimant que « le Canada n'était pas juridiquement compétent pour protéger la Barcelona Traction faute d'un lien de rattachement... » (5). En second lieu, pour écarter l'application du principe de l'effectivité à la protection diplomatique des personnes morales, la Cour s'est contentée d'affirmer qu'« aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale » (6). Cette constatation purement négative n'interdirait en rien de s'opposer à l'exercice de la protection diplomatique par un Etat pour le compte d'une société n'ayant avec lui d'autre lien que le lieu de constitution ; nul n'a prétendu déduire de l'arrêt *Nottebohm* un « critère absolu applicable au lien effectif » en matière de nationalité des personnes physiques, quand bien même les liens de l'intéressé avec son Etat national avaient été jugés insuffisants. En troisième lieu, la Cour a insisté tout au long de son opinion sur ce que le Canada, qui était « en droit l'Etat national de la Barcelona Traction », pouvait agir. La portée de cette constatation est équivoque. La Cour a-t-elle voulu dire que la société avait irréfragablement la nationalité canadienne du fait de son lieu de constitution ? On

(1) *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 45.

(2) *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 52.

(3) *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 40.

(4) Op. ind. FITZMAURICE, *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 79 et s. ; op. ind. JESSUP, *ibid.*, p. 170 et s. V. également S. BASTID, *Trav. com. fr.*, 1966-1969, p. 257.

(5) Op. ind. JESSUP, p. 205. Dans le même sens, op. ind. Gros, *ibid.*, p. 280, 281, 283.

(6) *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 42.

hésite à penser qu'elle ait voulu prendre incidemment parti sur une question aussi controversée que le critère permettant de déterminer la nationalité d'une société. La Cour a-t-elle simplement voulu dire que le Canada étant en position d'agir — et de fait on ne peut contester le droit d'agir, *prima facie*, de l'Etat du lieu de constitution — on ne pouvait permettre à un autre Etat de le faire tant que le titre du Canada n'aurait pas été reconnu insuffisant ? Il fallait alors se prononcer sur les raisons qui pouvaient faire déclarer ce titre inopérant, et en particulier le défaut de rattachement effectif (1). Un auteur qui se prononce en faveur du rattachement effectif en tant que condition d'exercice de la protection diplomatique en faveur d'une personne morale a lui-même souligné que le fait de la nationalité d'une société en vertu du droit interne constituait une présomption d'effectivité ; mais il ne s'agit que d'une présomption, dont la preuve contraire peut être apportée (2). Il appartenait donc à la Cour — toujours dans la mesure où elle avait entrepris d'examiner la question des liens entre le Canada et la société — de s'interroger sur la consistance de ces liens. Or au lieu d'examiner ce point, la Cour s'est fondée sur ce que ni l'Espagne, qui n'y avait certes pas le moindre intérêt (3), ni la Belgique, n'avaient contesté la nationalité canadienne de la société (4). Ces constatations étaient dénuées de pertinence : « l'intérêt juridique du Canada existe ou n'existe pas ; il n'appartient pas à des Etats tiers de le créer... » (5). Pour ces raisons, il est permis de tenir ce que la Cour internationale de justice a pu laisser entendre dans l'affaire de la *Barcelona Traction* sur l'effectivité du lien entre un Etat donné et une société constituée sous sa loi pour des *obiter dicta* de portée restreinte. En fait, la Cour a envisagé les liens entre le Canada et la société dans des conditions telles qu'il ne lui était pas possible de conclure à l'insuffisance de ces liens, sans soulever des difficultés juridiques et pratiques d'une ampleur immense (6).

(1) En ce sens, op. ind. FITZMAURICE, *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 78 ; rappr. DE VISSCHER (Ch.), *Les effectivités du droit international public*, p. 131.

(2) DE VISSCHER (P.), op. cit., p. 453.

(3) Il est permis de penser que si le Canada, et non la Belgique, avait intenté l'action, le défendeur aurait vivement contesté la nationalité canadienne de la société ; en ce sens, op. ind. GROS, *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 280.

(4) *C.I.J. Rec.* 1970, p. 45 (Espagne) et p. 43 (Belgique).

(5) Op. ind. GROS, *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 280 ; *adde* : op. ind. FITZMAURICE, *ibid.*, p. 80, 84.

(6) La meilleure justification de l'arrêt *Barcelona Traction* réside sans doute dans l'idée d'*estoppel* à l'encontre des actionnaires belges qui, ayant choisi de constituer la société au Canada, ou d'entrer dans une société canadienne, devaient régler leurs problèmes avec le gouvernement de ce pays et obtenir de lui qu'il exerce l'action judiciaire internationale. Mais comme l'a fait remarquer la Cour en concluant son opinion : « Il convient d'observer aussi que les fondateurs d'une société orientée vers des activités internationales doivent tenir compte du fait que les Etats ont le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser la protection diplomatique à leurs ressortissants. En établissant une société dans un pays étranger, ses fondateurs sont normalement mus par des considérations spéciales ; il s'agit souvent de profiter d'avantages fiscaux ou

Il aurait sans doute été préférable qu'elle ne soulevât pas cette question, que l'on s'était abstenu de lui soumettre.

53. Tandis que l'arrêt *Barcelona Traction* de la Cour internationale de justice n'infirme guère le principe de l'effectivité, il est possible d'en trouver confirmation, relativement à la protection diplomatique des personnes morales, en parcourant les différentes sources du droit international (1). La *pratique des Etats*, relevée par la Cour internationale de justice dans l'affaire même de la *Barcelona Traction* (2) et dont cette affaire est la meilleure illustration, est de n'exercer la protection diplomatique en faveur d'une société constituée selon ses lois que si celle-ci lui est en outre rattachée par un lien substantiel, pratiquement par une majorité d'actionnaires nationaux (3). Le *droit conventionnel* relatif aux indemnisations consécutives à des nationalisations prend également en considération la proportion du capital détenu par des nationaux de l'Etat stipulant, et les Etats n'exercent en général de demandes que pour les sociétés dont une part substantielle du capital était détenue par des nationaux (4). La *jurisprudence* internationale est rare, précisément en raison de la pratique des Etats relevée plus haut. Mais elle n'est pas exempte de cas où une réclamation a été rejetée faute d'un rattachement suffisant pour justifier le titre du demandeur (5). Le critère du contrôle, qui implique un rattachement

autres offerts par l'Etat hôte. Il ne semble aucunement inéquitable que les avantages ainsi obtenus aient pour contrepartie les risques créés par le fait que la protection de la société et donc de ses actionnaires est ainsi confiée à un Etat autre que l'Etat national de ces derniers », *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 50. Ces considérations justifient le « vide juridique » que paraît créer l'inaction de l'Etat national de la société et le rejet de l'action de l'Etat de la majorité des actionnaires ; *rappr. op. ind. FITZMAURICE, C.I.J. Rec.*, 1970, p. 78, n° 25.

(1) Sur cette question, v. D. BINDSCHEDLER-ROBERT, « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *Revue de la société des juristes bernois*, 1954, fasc. 5/4 ; DE VISSCHER (P.), « La protection diplomatique des personnes morales », *Recueil des cours*, 1961.I, p. 395 ; KISS, « La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales », in *La personnalité morale et ses limites, Travaux de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, 1960, p. 179 et s. ; DE HOCHPIED, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, Paris, 1965 ; S. BASTID, « La nationalité des sociétés et la protection diplomatique », *Trav. com. fr.*, 1966-1969, p. 247 et s.

(2) *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 42 ; *rappr. DE VISSCHER (P.), op. cit.*, p. 454.

(3) KISS, *op. cit.*, p. 209 et s. ; S. BASTID, *op. cit.* On a relevé qu'il n'est pas un seul exemple dans lequel un Etat ait réussi à exercer, ou tenté d'exercer, la protection diplomatique en faveur d'une société en se fondant sur le seul motif que cette société avait été constituée sous ses lois (PARRY, « Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law », *Recueil des cours*, 1956.II, p. 653).

(4) Sur la pratique suivie par les Etats-Unis dans les accords passés avec différents pays de l'Est, v. STEINER et VAGTS, p. 713.

(5) V. l'affaire de la goélette *I'm Alone*, *Rec.*, NU, vol. III, p. 1614. Le navire, enregistré au Canada et propriété d'une société de droit canadien, avait été coulé par un garde-côte américain en 1929, alors qu'il se livrait à la contrebande d'alcool. Il fut établi que la société canadienne ne détenait le navire qu'en qualité de *trustee* pour le compte de citoyens américains, qui en avaient la propriété

effectif, apparaît ainsi en droit positif comme un correctif important au principe selon lequel l'Etat ayant qualité pour exercer la protection diplomatique en faveur d'une société est l'« Etat national » de celle-ci. Enfin, l'opinion a été exprimée en *doctrine* que l'idée fondamentale dont s'inspire l'arrêt *Nottebohm*, « selon laquelle aucun Etat ne peut par l'exercice unilatéral d'une compétence de droit interne, dont l'exercice n'est limité par aucune règle de droit international, se créer un titre à l'exercice d'une compétence qui relève exclusivement de l'ordre juridique international » est entièrement applicable à la matière des sociétés (1). Il est donc permis de conclure que si le principe de l'effectivité en tant que condition d'exercice de la protection diplomatique des personnes morales n'est pas encore expressément reconnu comme un principe de droit international — et c'est la seule portée des *obiter dicta* de l'arrêt *Barcelona Traction* sur ce point —, on constate une large consécration du principe en droit positif (2).

54. 3) Le rattachement des navires. — Les navires, comme les personnes morales, sont juridiquement rattachées à un Etat et comme pour les sociétés, on parle de « nationalité » à leur propos. Le lien est même matérialisé par le fait que le navire bat pavillon de l'Etat dont il relève. En fait, les navires sont le plus souvent la propriété de personnes morales, constituées d'après la loi de l'Etat dont ils battent pavillon. Les problèmes sont donc fondamentalement les mêmes et l'on associe généralement la question des « statuts de complaisance » et celle des « pavillons de complaisance » (3). En effet, un Etat peut attirer l'immatriculation des

« finale et utile ». De ce fait, les commissaires américain et canadien rejetèrent dans un rapport conjoint la demande d'indemnité formée pour le compte de la société canadienne.

(1) DE VISSCHER (P.), *op. cit.*, p. 451.

(2) L'affaire de la *Barcelona Traction* illustre combien la théorie du rattachement effectif s'inscrit dans la réalité des choses. La Cour a en effet paru réserver à l'Etat national de la société un droit que celui-ci n'a pas exercé, sans doute faute d'intérêt suffisant. Mais il n'est pas exclu qu'un jour un Etat qui tire profit d'immatriculations de complaisance prétende exercer la protection diplomatique pour le compte d'une société qui ne lui est rattachée par aucun lien substantiel. On voit mal en pareil cas comment pourrait être distinguée la jurisprudence *Nottebohm*.

(3) V. par ex. op. ind. JESSUP dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Un arrêt d'une Cour d'appel fédérale américaine a souligné le lien entre la fraude des pavillons de complaisance et celle des sociétés prétendument étrangères. Dans cette affaire, un marin blessé à bord d'un navire libérien, demandait aux tribunaux américains une réparation par application du *Jones Act* (*supra*, n° 18). Le navire, dont l'essentiel du trafic s'effectuait entre ports américains, était la propriété d'une société du Panama, dont tous les actionnaires étaient américains. Pour se soustraire à sa responsabilité, le défendeur soutenait que le *Jones Act* était inapplicable à un litige opposant un marin à une société « étrangère » pour un accident survenu à bord d'un navire « étranger ». La Cour d'appel confirma le rejet cette assertion en ces termes : « ... l'appelant a pris la peine d'insérer une société nominale supplémentaire entre le navire et ses véritables

navires comme il attire celle des sociétés, par une fiscalité légère et par l'absence de lois sociales dont l'effet est d'élever les coûts du transport. Les facilités ainsi accordées donnent lieu à la pratique des pavillons de complaisance (1). Certains des Etats qui en sont victimes se sont élevés contre elle et se sont efforcés de la combattre par une convention internationale (2). La Conférence de Genève sur le droit de la mer a adopté le 26 avril 1958 une convention sur la Haute Mer, dont l'article 5 traduit ces préoccupations. Le texte dispose qu'« il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire ; l'Etat doit notamment exercer effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social, sur les navires battant son pavillon ». Cette disposition a fait l'objet de controverses (3). La convention ne précise pas ce qu'est un lien substantiel, non plus ce que sont la juridiction ou le contrôle. Quoiqu'il en soit, l'article 5 est une illustration capitale du principe de l'effectivité en droit international, car la nécessité d'un lien effectif est ici affirmée de façon *directe* et non en vue de résoudre un conflit de titres. D'autre part, le préambule de la Convention mentionne expressément que ses dispositions sont « pour l'essentiel déclaratoires de principes établis du droit international ». D'après le Guide (A/C6/378) préparé par le secrétariat de l'O.N.U. « les principes posés par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nottebohm* s'appliqueraient de la même façon à la question de la nationalité du navire (4) ; cette opinion est largement répandue en doctrine. L'essentiel de ces principes est qu'un Etat ne doit exercer sa compétence internationale que s'il existe un lien suffisamment étroit entre sa souveraineté et la situation qu'il prétend régir ; faute de quoi cet exercice de compétence sera inopposable aux autres Etats.

55. Le principe de l'effectivité, en tant que condition de l'exercice légitime par un Etat de sa compétence internationale, paraît donc s'imposer. Que ce principe ne soit pas encore reconnu expressément et généralement comme un élément de la coutume internationale n'empêche pas sa large consécration en droit international. La carence de celui-ci dans la protection des individus peut même faire souhaiter qu'il ne soit pas reconnu de manière absolue, ce qui serait dans certains cas de nature à gêner cette nécessaire protection. Une reconnaissance brutale viendrait d'autre part bouleverser des

propriétaires. Mais nous n'avons pas de scrupule à écarter tout cela... pour l'application du *Jones Act*. Le fait de compliquer les rouages d'un mécanisme frauduleux ne saurait avoir pour effet de le rendre plus efficace », *Bartholomew v. Universe Tankship, Inc.*, 263 F. 2d 347 (1959).

(1) V. STEINER et VAGTS, p. 863 et s. ; PINTO, « Les pavillons de complaisance », *Clunet*, 1960.345 ; MEIJERS, *The Nationality of Ships*, 1967 ; DU PONTAVICE, *La pollution des mers par les hydrocarbures (A propos de l'affaire du Torrey Canyon)* (1968), p. 61 et s.

(2) Sur la tolérance d'autres Etats envers cette pratique, *infra*, nos 96 et s.

(3) V. MEIJERS, *op. cit.*, p. 196 et s.

(4) Cité par PINTO, *op. cit.*, p. 353.

pratiques que des siècles d'inorganisation ont laissé se développer. On peut néanmoins s'attendre à une reconnaissance accrue du principe ; si les juridictions internationales n'ont que rarement l'occasion de l'affirmer, c'est également parce que les Etats le respectent spontanément. D'autre part, la reconnaissance générale du principe de l'effectivité ne saurait mettre fin aux conflits de souverainetés, puisqu'une situation donnée peut effectivement être rattachée à plus d'un Etat. Ce type de conflit (vrai conflit) n'est cependant pas une source de subversion pour l'ordre international. Celui-ci est au contraire menacé par les faux conflits que crée un Etat en exerçant abusivement sa compétence, car ces faux conflits créent une possibilité de fraude à la loi de la part des particuliers. C'est ce qui ressort de l'étude de cet exercice de compétence dans les matières touchant au droit privé.

§ 2. — La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé et le respect des souverainetés étrangères

56. En exerçant sa compétence relativement à une situation qui ne lui est pas rattachée par les liens les plus étroits, un Etat attente à la souveraineté des autres Etats. Il le fait aussi bien dans le domaine du droit privé que du droit public ; c'est parce que l'application des lois de droit privé à tel cas particulier n'intéresse pas directement les Etats que ceux-ci s'abstiennent généralement de relever pareille atteinte. L'abus n'en existe pas moins, et l'on relève des exemples de protestation des Etats dans une matière qui intéresse à la fois le droit public et le droit privé, celui de la nationalité (1). Par conséquent, dans l'organisation des rapports entre particuliers, rapports contentieux et non contentieux, un Etat se doit de ne pas empiéter sur les prérogatives légitimes des autres Etats. De quelle façon l'Etat se manifeste-t-il dans l'organisation des rapports de droit privé ? Il le fait essentiellement d'une part en édictant des lois qui régissent ces rapports, d'autre part en instituant des tribunaux — et en offrant en dernière instance le concours de la force publique — pour le respect des droits subjectifs (2). Etant donné que le domaine d'application international des lois de fond est le plus

(1) V. le différend franco-britannique au sujet des décrets français sur la nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, C.P.J.I., Série B, n° 4 (1923).

(2) Il conviendrait, pour être tout à fait systématique, d'envisager également l'exercice par le pouvoir exécutif de la compétence internationale de l'Etat. En ce qui concerne le droit privé proprement dit, cet exercice paraît se limiter à la célébration de mariages et à l'immatriculation de personnes morales. Les modalités de cette intervention, eu égard au respect dû aux souverainetés étrangères, seront plus utilement envisagées dans l'étude particulière des institutions concernées (*infra*, II^e Partie, n°s 381 et s., n°s 530 et s.).

souvent affirmé lors d'un contentieux, on envisagera en premier lieu l'exercice de la compétence juridictionnelle, puis celui de la compétence législative ou compétence au fond.

A. — LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE.

57. La pratique connue sous le nom de *forum shopping* indique suffisamment qu'un moyen de fraude répandu consiste à saisir un juge étranger pour obtenir de lui ce que l'on ne peut obtenir de son juge naturel (ou que l'on n'obtiendrait pas dans les mêmes conditions). Le *forum shopping* implique que certains tribunaux exercent leur compétence en l'absence de rattachement suffisant avec les parties ou avec l'objet du litige. Cependant, la recherche d'une compétence juridictionnelle largement offerte ne constitue pas pour le particulier cherchant à frauder la loi une fin en soi ; elle a pour objet une éviction de la loi normalement compétente, c'est-à-dire de celle à laquelle la situation considérée se rattache par les liens les plus étroits (1). Le plus souvent, une compétence juridictionnelle largement offerte va de pair avec l'application de la *lex fori* : l'exemple de certaines « usines à divorce » notoires en est l'illustration. Il est tentant d'affirmer *a contrario* qu'une telle compétence n'ouvre pas de risque de fraude si le for prend soin de dissocier la compétence au fond de la compétence juridictionnelle. On pourrait donc, dans une étude consacrée au recensement et à l'examen de certains chefs de compétence critiquables, réserver globalement le cas où le règlement de conflit du for fait équitablement la part à la loi étrangère. Il convient toutefois à cet égard de s'interroger en premier lieu sur la valeur de la dissociation de la compétence juridictionnelle et de la compétence au fond, ou encore, dans la terminologie française, de la compétence judiciaire et de la compétence législative.

58. 1) *Remarques préliminaires sur la dissociation de la compétence juridictionnelle et de la compétence au fond.* — Dans un pays dont le système de solution des conflits de lois fait à la loi étrangère une place équivalente à celle de la loi du for, on peut être tenté d'adopter des chefs de compétence judiciaire assez larges ; convaincu de ne pas léser les souverainetés étrangères, le juge aura en revanche le sentiment de rendre service aux parties en leur épargnant de se rendre devant un for lointain (2). C'est ainsi qu'il prononcera en particulier des décisions constitutives de droit, telles qu'un divorce, par « application » de lois étrangères reconnues compétentes. L'application indifférente de la loi du for et des lois étrangères est en particulier un dogme et un postulat d'un système de conflit de lois

(1) Et non de celle désignée par tel ou tel règlement de conflit dont la légitimité ne saurait être présumée.

(2) V. BATIFFOL-LAGARDE, nos 247 et 668.

fondé sur des règles de conflit bilatérales, tel qu'en principe le système français, Mais en dépit de l'inspiration généreuse et internationaliste de cette vue, on ne doit pas s'en dissimuler les faiblesses théoriques et le défaut de réalisme (1).

59. a) Au point de vue *théorique*, il existe un lien étroit entre l'adoption de règles de conflit bilatérales, l'application des lois étrangères et la communauté de droit entre les lois en conflit. Ce lien est particulièrement souligné par l'auteur que l'on considère comme le théoricien du procédé de la règle de conflit, Savigny. Celui-ci, constatant la communauté de droit entre différents peuples, conclut que les conflits internationaux doivent être résolus selon les principes fondamentaux qui régissent les conflits interprovinciaux (2). Historiquement, on constate également que l'élaboration, sinon la formulation, de règles de conflit s'est faite dans une société internationale homogène, celle de l'Italie du Moyen-Age. Le développement des conflits de lois depuis Savigny a cependant révélé des conflits de systèmes, déjà mentionnés (3). Mais surtout, le développement du droit comparé a révélé que la communauté de civilisation n'est pas suffisante pour constituer une « famille de droits » entre lesquels l'application de la loi étrangère serait normale et facile. En-deça des divergences de civilisation, il peut exister entre les droits des différences de *technique*, en particulier dans leurs *sources*, qui en rendent l'accès impénétrable au juriste étranger sans une solide préparation (4). C'est ainsi que parmi les droits occidentaux, unis par une communauté de civilisation, une division fondamentale oppose deux groupes : celui des droits romanistes et celui des droits de *common law*; et qu'au sein de chaque famille existent des sous-groupes que séparent également des différences profondes. En ce qui concerne d'autre part le *fond* du droit dans une matière et dans un pays donnés, il peut être le produit d'une évolution où l'empirisme l'emporte sur les principes : le droit français de la responsabilité civile est caractéristique à cet égard. Enfin, l'on constate que la communauté d'origine et de langue n'est pas toujours suffisante pour permettre une interprétation certaine d'un droit étranger (5). D'une façon générale, on peut conclure qu'une règle de

(1) On supposera dans ce qui suit que le règlement de conflit du for est lui-même irréprochable. En réalité, il n'existe pas à ce jour de règlement de conflit universel et le choix des rattachements dans un système donné obéit pour partie à des considérations égoïstes ; comme par ailleurs les conflits positifs de systèmes sont toujours résolus en faveur de la loi du for (FRANCSKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, n° 57), la prétention de la règle de conflit bilatérale à l'équité prête le flanc à la critique avant même que soit envisagée sa mise en œuvre.

(2) SAVIGNY, *Traité de Droit romain* (traduction Guénoux), Paris, 1851, t. VIII, p. 30.

(3) *Supra*, note (1).

(4) R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 5^e éd., 1973.

(5) V. l'exemple donné *infra*, note (3), p. 349.

droit court le plus grand risque d'être déformée lorsqu'elle est isolée de son contexte (1). Le juge le plus comparatiste reste toujours un étranger, au sens le plus fort du terme, par rapport à tout autre système que celui qu'il incarne.

60. b) Encore ce qui précède suppose-t-il que la loi étrangère soit soumise au juge, ce qui soulève la question *pratique* de l'établissement de son contenu (2). A cet égard, plusieurs difficultés s'élèvent à l'encontre d'une application satisfaisante de la loi étrangère. Il se peut tout d'abord que les intérêts des parties ne soient pas réellement antagonistes, malgré le caractère apparemment contentieux de l'instance : le cas de nombreux divorces est topique. Les parties s'entendront dans ce cas pour passer sous silence telle disposition contrariante de la loi étrangère, ou pour présenter de celle-ci une version à leur convenance (3). Dans un débat réellement contentieux, même, une partie économiquement plus forte parviendra à présenter une version du droit étranger qui lui est favorable. Ces dangers sont inhérents à l'extranéité de la loi, quel que soit le mode

(1) V. C. DAVID, *La loi étrangère devant le juge du fond*, Dalloz, 1965 (notamment n°s 289, 304, 306) et, commentant cet ouvrage, EVRIGENIS, *Rev. crit.*, 1965.461 ; MALAURIE, « L'équivalence en droit international privé », D., 1962, Chron. 215 (notamment p. 218-9).

Pour illustrer la proposition énoncée au texte, on relèvera par exemple que la plupart des dispositions que le législateur français a édicté dans un esprit hostile au divorce ont pu rendre à une certaine époque le divorce « français » particulièrement attrayant pour des Américains : « Il y a de nombreuses raisons à la popularité chez les Américains du divorce en France. Un divorce français est devenu à la mode dans certains cercles, et est considéré comme ayant un certain *cachet*. On le considère généralement supérieur à un divorce du Nevada ou du Mexique... (L)e secret... entoure les audiences... Le Code civil est aussi généreux en ce qui concerne les causes de divorce que les Etats américains les plus libéraux. Le témoignage oral est peu usité, et lorsqu'il est reçu, il est reçu [hors du public]. Les preuves ne sont pas soumises à un examen public et les journalistes sont exclus. La décision du tribunal est concise et rédigée en termes discrets..., les complices ne sont ordinairement désignés que par leurs initiales. Il est interdit de rapporter l'affaire dans les journaux. Généralement, rien n'apparaît dans la presse jusqu'à ce que le jugement soit rendu, et le simple fait du divorce est annoncé... » (BATES, « The Divorce of Americans in France », 2 *Law & Contemporary Problems* 322 (1935). Selon cet article, la France joua un temps pour les Américains fortunés le rôle qu'ont joué depuis le Mexique ou les Iles Vierges.

(2) On néglige ici délibérément la question de l'*applicabilité* du droit étranger, considérant qu'il est dans la logique d'un système de solution des conflits de lois par règles de conflit bilatérales que la loi étrangère puisse être invoquée d'office par le juge (v. *infra*, n° 79) ; la règle inverse constituerait une bévue dans un tel système.

(3) C'est pourquoi on a proposé une recherche d'office de la teneur du droit étranger par le juge (C. DAVID, *op. cit.*, 244). L'auteur propose l'ordre public comme critère de cette recherche impérative ; mais on remarque qu'il a été amené à écarter celui-ci lorsqu'il l'a envisagé comme critère possible de l'application d'office par le juge du droit étranger, en raison de son « incohérence logique » et de ses « mauvais résultats pratiques » (n°s 102 à 109). Ces conclusions semblent valoir également au stade de l'établissement du contenu de la loi étrangère.

de preuve accueilli et les précautions dont on s'entoure. A défaut de véritable débat entre les parties, le juge aura tendance à considérer la preuve présentée comme concluante (1), car la bonne foi se présume. En toute hypothèse, il existe un risque tenant à l'incompétence ou à la partialité de celui qui est appelé à exposer la teneur du droit étranger (2). Enfin s'élèveront fréquemment des difficultés d'interprétation du droit étranger, dont on verra qu'elles sont particulièrement épineuses lorsqu'il s'agit de déterminer le domaine d'application international de la loi étrangère tel qu'il résulte du droit international privé étranger (3).

61. Pour toutes ces raisons, et parce que l'« on ne [peut] tolérer qu'une fois [désignée] une loi déterminée, [les parties] lui attribuent un contenu de leur choix » (4), il y a lieu d'envisager avec circonspection la dissociation de la compétence judiciaire et de la compétence législative en tant qu'argument permettant de « racheter » un exercice abusif de compétence juridictionnelle. On n'en conclura pas pour autant à l'exclusion de principe de toute possibilité d'appliquer une loi étrangère : il semble qu'il subsistera toujours des hypothèses où une souveraineté donnée sera suffisamment impliquée pour connaître d'un litige, sans toutefois l'être suffisamment pour le résoudre selon sa propre loi. Le domaine de ces hypothèses est plus précisément celui des « vrais conflits » dans lesquels la loi du for doit cependant s'effacer devant une loi étrangère plus compétente ; ainsi lorsque les tribunaux français divorcent deux étrangers résidant en France par « application » de leur loi nationale commune. D'autre part, on est nécessairement amené dans une étude consacrée à la fraude à mettre l'accent sur les risques rencontrés lors de l'application de la loi étrangère, et cela peut-être de manière excessive. Il demeure cependant que l'application d'une loi étrangère par un juge donné — en particulier pour rendre une décision constitutive d'état — est largement une fiction. Lorsqu'un tribunal français prononce le divorce de deux époux américains par « application » de la loi de New York, c'est bien un divorce français qu'il prononce (5) et c'est bien ainsi que celui-ci est reçu dans le ressort de la loi concernée (6). C'est pourquoi il convient sans doute de ne faire qu'une place réduite à l'argument tiré de la dissociation de la

(1) En ce sens, C. DAVID, *op. cit.*, n° 336 (et note 42, p. 213).

(2) V. FRANCESCOAKIS, « La loi étrangère à la Cour de cassation », D., 1963, Chron., p. 14 ; C. DAVID, note à la *Rev. crit.*, 1964.500 et *op. cit.*, n°s 285, 294, 299, 302 ; BELLET, note à la *Rev. crit.*, 1965.134.

(3) *Infra*, n°s 223 et s.

(4) MOTULSKY, « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *Mél. Savatier*, p. 692, n° 21.

(5) Une terminologie fréquemment usitée prolonge cette fiction en parlant de la « nullité » d'un mariage ou d'un divorce étrangers, alors qu'il ne s'agit jamais dans le ressort du for que d'inopposabilité d'un acte qui demeure en principe valable dans l'Etat d'origine.

(6) *Supra*, note 1, p. 55.

compétence judiciaire et de la compétence législative dans l'examen des chefs de compétence apparemment abusifs.

62. 2) Etude des principaux chefs de compétence critiquables. — Dans la recherche de rattachements de compétence juridictionnelle apparemment abusifs, on peut écarter d'entrée les cas où la règle de rattachement prend en considération un lien matériel du for avec l'objet du litige. Tel est le cas de celle qui attribue compétence au *forum rei sitae* en matière réelle immobilière, ou de celle qui désigne le *forum loci delicti* pour connaître des suites d'un délit. Il s'agit là de règles de rattachement spéciales ou, pour éviter une confusion avec les règles de « compétence spéciale » dans la terminologie de Bartin, *spécifiques* (1), qui paraissent exclusives d'un abus de compétence en raison du lien nécessaire entre le for et le litige (2). Il convient ici de s'intéresser aux règles de rattachement présentant un caractère *général* en ce qu'elles permettent à un for donné de connaître de toutes sortes d'actions alors que le rattachement retenu, s'il peut être significatif à l'égard de certaines, paraît dépourvu de pertinence dans d'autres. Comment identifier ces chefs de compétence ? Si l'on part du principe que la règle *Actor sequitur* est de droit naturel (3), les plus contestables sont ceux qui aboutissent à donner compétence au for du demandeur (a). Mais toutes les règles qui se fondent sur un rattachement du défendeur avec le for ne sont pas nécessairement légitimes : prêtent notamment à contestation celles qui retiennent la présence de biens du défendeur (b) ou sa présence personnelle permettant son assignation (c). Enfin il convient de se demander si le seul consentement des parties peut constituer un chef de compétence acceptable en l'absence de tout lien objectif (d).

63. a) Le for du demandeur. Dans aucun système la compétence du for du demandeur n'est reconnue *comme telle* pour fonder une compétence générale. Mais les dispositions rattachant la compétence judiciaire à la nationalité, au domicile ou à la résidence du demandeur peuvent lui être assimilées, du point de vue ici envisagé. La disposition du premier type la plus caractéristique est l'article 14 du Code civil français (4). En ce qui concerne le domicile, on cite

(1) V. VON MEHREN et TRAUTMAN, « Jurisdiction to Adjudicate : A Suggested Analysis », 79 *Harv. L. Rev.*, 1121 (1966).

(2) L'admission a peu près universelle des deux règles citées suffirait à les justifier ; la seconde peut encore être tenue en échec, dans le système français, par les art. 14 et 15 C. civ. ; v. note Jean FOYER, *Rev. crit.*, 1968.106 et Civ., 27 mai 1970, *Rev. crit.*, 1971.113, note Batiffol (motifs).

(3) Il n'est cependant pas certain que le fardeau qu'elle impose au demandeur soit aussi justifié dans le contexte international que dans le contexte interne ; v. VON MEHREN et TRAUTMAN, *op. cit.*, p. 1127 et s.

(4) RIGAUD, « La conception nationaliste de la compétence judiciaire », *Rev. crit.*, 1938.605. Des travaux récents ont montré que la forme de cette disposition est sans doute due à un accident de rédaction (H. GAUDEMET-TALLON, *Recher-*

l'article 126 du Code de procédure civile néerlandais, qui dispose qu'en matière personnelle et mobilière, si le défendeur n'a aucune résidence connue dans le royaume, il sera assigné devant la juridiction du domicile du demandeur (1). Enfin, se reconnaissent compétents sur le fondement de la résidence du demandeur les tribunaux de certains Etats spécialisés dans l'«industrie» du divorce (la «résidence» étant dans la plupart des cas réduite à la simple présence du demandeur) (2).

64. Il paraît nécessaire pour déterminer dans quelle mesure ces chefs de compétence sont abusifs de distinguer les questions d'état des questions patrimoniales. Dans les *questions d'état*, dont le divorce constitue l'illustration la plus courante, il ne paraît pas abusif de reconnaître la compétence du for du demandeur — même supposé appliquer sa propre loi — dès lors que l'établissement de l'intéressé dans son ressort est suffisamment effectif pour laisser supposer que les droits conférés y seront exercés. Cette observation «absout» le domicile et la résidence pourvu qu'ils soient sérieux, mais non la nationalité qui n'est pas nécessairement le signe d'un tel établissement. Il est vrai que dans le système français, la loi compétente au fond est déclarée être celle du domicile commun si les époux sont de nationalité différente. Mais cette compétence fait place, quelle que soit la nationalité du demandeur, à celle de la loi du for «régulièrement saisi» dans le cas où les époux «habitent séparément dans des pays différents» (3). On est ramené en dernière analyse à apprécier la légitimité de cette compétence selon le temps de résidence exigé pour que le for soit «régulièrement» saisi. La durée n'en a jamais été expressément fixée, mais on constate que la Cour de cassation, en énonçant la règle *Tarwid* a relevé qu'en l'espèce l'intéressée résidait depuis plusieurs années en France. D'autre part, il a été fait application en matière de divorce et en matière internationale de l'article 171 du Code de procédure civile, qui

ches sur les origines de l'article 14 du Code civil, 1964, p. 75 et s.). Elle est passée dans un certain nombre de Codes étrangers inspirés du Code Napoléon, mais n'y a que rarement subsisté (v. NADELMANN, «Jurisdictionally improper fora», in *Selected Essays*, p. 224-5).

V. un refus d'exercer la compétence française prévue par l'art. 15 C. civ. (français défendeur) pour le motif, que l'on peut estimer fallacieux, de fraude à la loi étrangère, Trib. gr. inst. Paris, 12 nov. 1969, *Clunet*, 1971.816, note Malaurie.

(1) Cité par VON MEHREN et TRAUTMAN, *The Law of Multistate Problems*, p. 668.

(2) V. par exemple la loi de l'Etat du Nevada, reproduite dans VON MEHREN et TRAUTMAN, p. 1492, note 19, qui prévoit une résidence de six semaines. Il s'agit là d'une compétence «spécifique» telle qu'on l'a définie plus haut, parce qu'elle ne vise que la dissolution du lien matrimonial; mais le rattachement est à ce point dépourvu de rapport avec l'objet de l'instance que la règle de compétence peut être rapprochée des règles de compétence «générales».

(3) Civ., 15 mai 1961, *Tarwid*, D., 1961.437, note Holleaux, *Clunet*, 1961.734, note Goldman, *Rev. crit.*, 1961.547, note Batiffol.

permet au juge de prononcer d'office son incompétence territoriale (1). Ceci constitue un moyen de parer aux abus éventuels ouverts par la jurisprudence *Tarwid*. Il paraît en revanche d'autant plus utile de reconnaître la compétence du for du demandeur en matière de divorce que l'action est souvent intentée par une épouse abandonnée : c'est ce qui a amené par exemple le droit anglais à édicter une règle de compétence particulière à cette fin (2). Mais l'époux déserté n'est pas toujours innocent ni l'époux déserteur coupable. C'est pourquoi la compétence du for de la résidence habituelle du « demandeur » a été reconnue comme règle de compétence indirecte en matière de divorce par une Convention de La Haye du 1^{er} juin 1970, pourvu que cette résidence ait été d'« au moins une année avant la date de la demande » (article 2, chiffre 2, lettre a) (3). Il est permis d'inférer de cet exemple la compétence légitime, à défaut d'être toujours prépondérante, du for du demandeur dans toute question d'état, pourvu qu'au critère de rattachement expressément retenu corresponde un certain établissement (4).

65. En matière *patrimoniale*, il semble que la compétence du *forum actoris* ne présente de danger que dans la mesure où le défendeur possède des biens saisissables dans le ressort du for (5). On a ainsi pu souligner que la compétence des tribunaux français fondée sur l'article 14 du Code civil ne permet pratiquement que des résultats comparables à ceux du *forum arresti* (6). Dans ces conditions, on peut estimer qu'il entre plus de maladresse que d'abus dans le maintien de l'article 14 du Code civil, qui expose à des mesures de « réciprocité » (7), sans permettre beaucoup d'injustice. Il demeure cependant que cette disposition permet à un demandeur français d'agir en France si des biens appartenant à son débiteur viennent à s'y trouver. Dans ce cas, la question de la légitimité d'un exercice

(1) Ord. Pr. Trib. gr. inst. Seine, 28 sept. 1959, *Rev. crit.*, 1959.504, note FRANCESKAKIS ; *J.C.P.*, 1960.II.11716, note Bellet ; confirmée par Paris, 10 nov. 1959, *Rev. crit.*, 1960.218, note Ph. F. ; *Clunet*, 1960.792, note Ponsard ; D., 1960.587, note Malaurie.

(2) Ceci à partir du *Matrimonial Causes Act* de 1937 ; v. sur ce sujet FRANCESKAKIS, « Un bond de la jurisprudence anglaise en matière de reconnaissance des décisions étrangères... », *Rev. crit.*, 1969.601, n° 9.

(3) Sur cette Convention, v. BELLET et GOLDMAN, *Clunet*, 1969.843 ; BATIFFOL, *Rev. crit.*, 1969.215.

(4) V. note au *Clunet*, 1973.728.

(5) V. *Travaux de la Commission de Réforme du Code civil*, 1951, p. 729 et s. ; FRANCESKAKIS, note à la *Rev. crit.*, 1958.136 ; BAUER, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Dalloz, 1965, n° 74.

(6) BAUER, *op. cit.*, n°s 62 et s., 69, 74. Il est significatif qu'en Belgique, au moment où était réduit le domaine d'application de l'art. 14 C. civ. était instituée la compétence du for du patrimoine (Loi sur la compétence du 25 mars 1876, art. 52, chiffre 5). Sur le développement possible de la saisie-foraine en France, v. NADELMANN, *op. cit.*, p. 229 et *infra*, n° 67.

(7) V. p. ex. l'article 4-4° du Code civil italien, aux termes duquel l'étranger peut être assigné en Italie si dans l'hypothèse réciproque, le juge de l'Etat national de l'étranger peut connaître de la demande dirigée contre un Italien.

de compétence se confond avec celle de la légitimité du for du patrimoine du défendeur.

66. *b) Le for du patrimoine.* Dans un certain nombre d'Etats, il est possible d'obtenir un jugement contre une personne qui possède des biens dans le ressort de la juridiction, et ce sans que l'effet du jugement soit limité à la valeur des biens (jugement *in personam*). La disposition de ce type la plus connue est l'article 23 du Code de procédure civile allemand (ZPO) (1); des dispositions analogues existent dans différents pays (2). Leur portée est de permettre d'obtenir une décision contre un défendeur qui ne se trouve pas sur le territoire et de la faire exécuter. Pratiquement, la disposition bénéficie aux nationaux plus qu'aux étrangers, de telle sorte qu'elle a encouru les mêmes reproches que l'article 14 du Code civil français (3). Ces reproches sont-ils justifiés? On pourrait leur opposer en premier lieu que l'exercice de la compétence judiciaire ne préjuge pas toujours l'application de la loi du for; mais on sait que cet argument doit être envisagé avec réserve (4). On peut faire observer en second lieu que l'exécution de la décision sera pratiquement limitée à la valeur des biens dont la présence fonde la compétence du tribunal (5). Mais l'argument n'est pas nécessairement exact. Le jugement obtenu, n'étant pas limité à la valeur des biens, pourra être exécuté sur des biens ultérieurement introduits dans le ressort du for. D'autre part, en tant que règle de compétence *indirecte*, le for du patrimoine se prête à des résultats inattendus. Ainsi, les tribunaux allemands reconnaissant les décisions étrangères rendues dans des conditions où les tribunaux allemands se seraient reconnus compétents et l'Autriche connaissant une disposition analogue à celle de l'article 23 ZPO (6), on a vu reconnaître en Allemagne un jugement autrichien d'un montant de 3 612 couronnes, rendu sur le fondement de ce que le défendeur possédait en Autriche quatre paniers de fruits d'une valeur d'envi-

(1) « Pour les demandes relatives à des prétentions pécuniaires contre une personne qui n'a pas de domicile dans le pays, est compétent le tribunal dans le ressort duquel cette personne a des biens ou dans le ressort duquel se trouve l'objet réclamé. En ce qui concerne les créances, le domicile est considéré comme lieu de la situation du patrimoine du débiteur; lorsque la créance est assortie d'une sûreté réelle, le lieu où se trouve la chose donnée en sûreté est également considéré comme le lieu de la situation du patrimoine ». Sur cette disposition, v. BAUER, *op. cit.*, n° 94.

(2) Notamment en Autriche, dans certains cantons suisses et au Japon (v. NADELMANN, *op. cit.*, p. 232). Ce chef de compétence est au contraire rejeté à titre général en Angleterre (v. CHESHIRE-NORTH, *Cheshire's Private International Law*, 1970, p. 90 à 95) mais paraît admis en Ecosse (v. ANTON, p. 102 et s.).

(3) V. notamment NADELMANN, *op. cit.*, p. 222 et s.

(4) *Supra*, n°s 58 et s.

(5) En ce sens, BAUER, *op. cit.*, n° 99.

(6) *Jurisdictionsnorm*, § 99 (1895).

ron deux couronnes (1). On est donc amené en dernière analyse à se demander s'il est légitime pour un Etat d'ordonner au profit d'un créancier des mesures d'exécution sur des biens qui se trouvent sur son territoire, alors qu'il n'existerait aucun lien entre la souveraineté locale et l'origine de la créance.

67. Avant de chercher une réponse à cette question, on peut observer que les mesures de *saisie* permettent le cas échéant des résultats analogues à ceux du for du patrimoine. La compétence est alors celle du *forum arresti*, qui se distingue de la précédente en ce que le montant de la décision obtenue est limité à la valeur des biens saisis (juridiction *quasi in rem*). Des institutions telles que la saisie-foreine ou la saisie-arrest françaises illustrent ce rapprochement. Il est en effet admis que l'on peut saisir une créance ou un bien d'un étranger en France, quand bien même celui-ci n'y a aucun domicile (2). D'autre part, cette procédure est ouverte aux étrangers sans condition de domicile (3). Il est donc possible que le seul lien du for avec le litige soit la présence en France d'un bien du débiteur ou d'un débiteur du débiteur, ce qui constitue une situation analogue à celle ouvrant la compétence du *forum patri-monii* (4). Elle s'en distinguerait cependant si dans la suite de la procédure la juridiction saisie de l'instance en validation devait surseoir à statuer sur la validité de la créance et renvoyer le créancier saisissant à se pourvoir devant une juridiction étrangère compétente. Le droit ne paraît pas fixé à cet égard. Certaines décisions françaises ont effectivement sursis à statuer, en impartissant un délai au saisissant pour justifier, sous peine de déchéance, de la saisine de la juridiction compétente (5); mais on cite un arrêt de la Cour de cassation belge en sens inverse (6). En France, au demeurant, la qualité de national du saisissant suffirait à fonder la compétence des juridictions françaises, dans une matière où elle est discutable.

(1) Jugement du 19 janvier 1911, 75 *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* 147, cité par VON MEHREN et TRAUTMAN, « Recognition of Foreign Adjudications : A Survey and A Suggested Analysis », 81 *Harv. L. Rev.*, 1601, 1612 (1968).

(2) L'absence de domicile du débiteur saisi est même une condition d'exercice de la saisie-foreine; v. *Rép. Dalloz dr. int.*, V° Saisies, par J. PATARIN, n° 27, v. Trib. civ. Seine, 1^{er} mars 1913, *Clunet*, 1913.1270; 30 janv. 1963, *Rev. crit.*, 1964.456, note Y. L. En matière de saisie-arrest, le tribunal compétent pour ordonner la saisie sera nécessairement dans ce cas celui du domicile du tiers saisi (*Rép. Dalloz dr. int.*, V° Saisie-arrest, par G. MERCIER, n° 31, 56 et s.).

(3) Civ., 31 mars 1868, S., 1868.1.32; G. MERCIER, *op. cit.*, n° 10.

(4) BAUER, *op. cit.*, n° 98.

(5) Civ., 23 mars 1868, préc.; Req., 30 déc. 1929, *Clunet*, 1931.94; Paris, 21 mai 1957, *Rev. crit.*, 1958.128, note Francescakis. Aux Etats-Unis, cette situation a donné lieu à application de la doctrine du *forum non conveniens* (*infra*, n° 72) : *Universal Adjustment Corp. v. Midland Bank, Ltd, of London* 281 Mass. 303, 184 NE 152 (1933) (v. VON MEHREN et TRAUTMAN, p. 762).

(6) C. cass. Belgique, 17 nov. 1898, *Pandectes périodiques*, 1898, p. 981 (cité par VON MEHREN et TRAUTMAN, p. 697); en France, v. également Trib. civ. Grasse, 12 juill. 1911, D., 1912.2.319.

On peut par ailleurs envisager l'hypothèse où le demandeur serait victime à l'étranger d'un déni de justice, susceptible de fonder la compétence des tribunaux français (1). Cette situation se rencontrera par exemple dans le cas où la créance invoquée est une créance d'indemnité née d'une spoliation (2). Les raisons qui pourraient fonder la compétence internationale du for ayant autorisé la saisie conduiraient alors à l'application de la *lex fori* au titre de l'ordre public (3). On est ramené par ce cheminement complexe, mais qui ne traduit pas pour autant une hypothèse d'école, à la question de la légitimité des mesures d'exécution ordonnées par une souveraineté donnée sur des biens qui n'ont d'autre rapport avec elle que de se trouver sur son territoire.

68. L'argument essentiel en faveur de la légitimité est qu'il est conforme à toute justice qu'une personne réponde de ses dettes sur tous ses biens, où qu'ils se trouvent. La reconnaissance dans un pays donné, en vue de son exécution, d'un droit qui est né sous l'empire d'une loi étrangère constitue précisément une fin du droit international privé, lui-même mis au service d'une fin plus générale. Mais dans la mesure où l'exercice de voies d'exécution est consécutif à l'appréciation de ce droit au nom de l'ordre public du for, il n'est plus tout-à-fait exact de dire que l'on reconnaît un droit acquis à l'étranger, puisque précisément la loi étrangère compétente ne reconnaît pas ce droit. En réalité, le for ne fait qu'imposer sa conception d'un ordre public international controversé, et ce à l'encontre d'une personne qui n'entendait pas nécessairement souscrire en tout point à cette conception du seul fait qu'elle introduisait des biens sur le territoire. C'est pourquoi il est permis de penser que, compte-tenu de l'absence de lien entre la créance alléguée et l'ordre juridique du for, qui constitue l'hypothèse, la légitimité d'un exercice de compétence décroît avec l'intervention de l'ordre public du for dans la reconnaissance du droit sanctionné (4).

69. Bien que la question soit ici envisagée du point de vue des principes, on ne peut pas ne pas envisager également les consé-

(1) V. BAUER, *op. cit.*, n°s 137 et s.

(2) Si l'action était en revendication, la présence du bien lui-même (ou d'un bien subrogé) dans le ressort du for serait de nature à conforter la compétence du for, même si le *forum rei sitae* n'est en général admis qu'en matière immobilière (v. la situation ayant donné lieu à Req., 14 mars 1939, *Potestas Ibericas*, *Gaz. Pal.*, 1939.1.726, *Rev. crit.*, 1939.280). C'est pourquoi l'on se place ici sur le terrain d'une action en paiement.

(3) V. Trib. gr. inst. Paris, réf., 29 nov. 1972, *Clunet*, 1973.227 (affaire du *cuivre chilien*), dans laquelle la juridiction française a abordé la question de la validité de la créance d'indemnisation au regard de l'ordre public français sans envisager de renvoi devant la juridiction étrangère.

(4) On ne saurait mettre sur le même plan à cet égard le litige relatif au paiement d'une fourrure (Trib. civ. Seine, 1^{er} mars 1913, *préc.*) et celui portant sur les modalités d'une nationalisation (Trib. gr. inst. Paris, réf., 29 nov. 1972, *préc.*).

quences pratiques d'un exercice de compétence dans l'hypothèse envisagée. Raisonnant sur la saisie-arrêt, on constate que si le tiers saisi est contraint d'acquitter sa dette entre les mains du saisissant, le débiteur saisi étranger ne sera pas désintéressé de sa créance. Il s'efforcera alors de saisir lui-même une créance ou un bien de son débiteur dans un pays tiers dont les conceptions de l'ordre public ne sont pas celle du for ayant permis la première saisie, mais celle de l'Etat dont la loi gouvernait ses rapports avec le saisissant. S'il y parvient, le tiers saisi d'origine sera amené à payer deux fois sa dette, faisant ainsi les frais de la satisfaction du saisissant (1). Le résultat apparaît particulièrement inopportun lorsque, comme c'est l'hypothèse, le premier saisissant était un étranger et le tiers saisi un national. Au-delà même de toute considération égoïste, il n'est pas recommandable de susciter des actions de repréailles d'un pays à l'autre, car celles-ci risquent de paralyser le commerce international à brève échéance. On peut donc conclure que si l'exercice de mesures d'exécution par une souveraineté donnée sur des biens se trouvant dans son ressort peut paraître légitime du fait de cette présence, il ne l'est tout-à-fait que lorsqu'il existe un lien raisonnable entre l'activité du débiteur ayant donné naissance à la dette et la souveraineté locale. Sous cette réserve il est sans doute possible de souscrire à l'affirmation d'un juriste américain selon laquelle « le fondement de la compétence est le pouvoir physique » (2).

70. c) Le for de l'assignation du défendeur. La compétence fondée sur la présence temporaire ou l'assignation personnelle (*personal service*) du défendeur pour connaître d'une action d'un montant illimité et exécutoire sur tous ses biens (action *in personam*) est traditionnellement la règle dans les pays de *common law*. (3) Ce chef de compétence ne procède pas d'un choix rationnel, mais des circonstances particulières du développement de la *common law* anglaise (4). La compétence des juridictions royales, à l'origine compétence d'exception, était fondée sur la délivrance d'un *writ* au défendeur. Il en est résulté plusieurs siècles plus tard que les

(1) Inversement, la reconnaissance de la décision rendue par le *forum arresti* empêche ce résultat ; ceci suppose bien une communauté de droit entre les systèmes concernés, que dément en revanche l'intervention de l'ordre public au *forum arresti*. V. aux Etats-Unis, par le jeu de la clause *Full Faith and Credit* de la Constitution fédérale, *Harris v. Balk* 198 US 215 (1905).

(2) Justice Holmes, dans *Mc Donald v. Mabee* 243 US 90,91 (1917). Dicey énonçait également sous le vocable de « principe de l'affectivité » que les juridictions d'un pays étaient compétentes au regard du droit anglais sur toute question à l'égard de laquelle elles étaient en mesure de rendre une décision efficace (*effective*) ; cette affirmation fut contestée par les auteurs qui reprirent son traité (v. *Dicey's Conflict of Laws*, 7^e éd., par MORRIS *et al.*, 1958, p. 17 et s.).

(3) CHESHIRE-NORTH, p. 78 et s. ; DICEY-MORRIS, p. 169 et s.

(4) V. GUTTERIDGE, « Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles », *Recueil des cours*, 1933.II, p. 125.

règles relatives à l'assignation du défendeur ont défini du même coup la compétence internationale des juridictions anglaises, et la règle est passée dans tous les pays de *common law* (1). Cette évocation suffit à mettre en évidence le défaut de rationalité de la règle. Selon l'exemple habituellement donné par les auteurs anglais, un Français qui va passer quelques heures en Angleterre peut être valablement actionné devant les tribunaux anglais pour une question n'ayant aucun lien avec l'Angleterre (2). La règle est aussi critiquable que celles qui ont été précédemment étudiées; elle a été décrite au siècle dernier par un auteur américain comme « participant davantage du brigandage (*robbery*) que de la justice » (3). Il convient cependant de rechercher de plus près la mesure de l'abus qu'elle réalise et donc de la fraude qu'elle permet.

71. Il semble que la règle du for de l'assignation ne présente pas d'originalité par rapport à celles qui ont été précédemment examinées. En matière *extra-patrimoniale*, le for de l'assignation peut être assimilé au *forum actoris* dans la mesure où le défendeur n'a d'autre lien avec le for que l'assignation reçue (4). La légitimité de ce chef de compétence dépend donc du lien entre le demandeur lui-même et le for (5). En matière *patrimoniale*, une décision rendue sur le seul fondement de la présence temporaire du défendeur n'a guère de chance d'être reconnue au siège des intérêts de celui-ci (6). On en déduit que ce chef de compétence connaît la même limite inhérente que le *forum actoris*, c'est-à-dire qu'il n'offre d'intérêt que dans la mesure de la présence de biens du débiteur. Sa légitimité est donc comparable à celle du *forum patrimonii* (7). On notera que comme celui-ci, mais à la différence du for de la nationalité du demandeur dont le principe est difficilement bilatéralisable, il voit son effet multiplié par son admission en tant que règle de compétence indirecte : c'est ainsi qu'un jugement rendu en Suède contre une personne domiciliée en Angleterre et qui n'avait fait en

(1) Aux Etats-Unis, v. STEINER et VAGTS, p. 643. Sur la présence temporaire du défendeur, v. *Restatement, Second, Conflict of Laws*, § 28; le commentaire de cette disposition souligne toutefois que ce chef de compétence est peut-être incompatible avec la norme de « reasonableness » prévue au § 24 (v. également, *infra*, n° 72).

(2) CHESHIRE-NORTH, p. 78; DICEY-MORRIS, p. 170.

(3) MINOR, cité par EHRENZWEIG, 65 *Yale L.J.* 290 (1956).

(4) Il en est d'autant plus ainsi que certains Etats se contentent d'une assignation par défaut (*constructive service, substituted service, service by publication*).

(5) *Supra*, n° 64. En fait, il existe le plus souvent en matière extra-patrimoniale, et notamment en matière de divorce, une règle de compétence « spécifique ». La légitimité de celle-ci n'en dépend pas moins du lien effectif entre le demandeur et le for; on opposera à cet égard les six semaines du Nevada et les trois ans requis par la loi anglaise pour l'action intentée par la femme si elle n'agit pas au domicile de son mari (*Matrimonial Causes Act*, 1965, s. 40 (1) (b)).

(6) CHESHIRE-NORTH, p. 78; v. cependant aux Etats-Unis, par le jeu de la clause *Full Faith and Credit*, *Fauntleroy v. Lum*, *infra*, n° 134.

(7) *Supra*, n° 66 et s.

Suède qu'un bref séjour a été admis comme fondant une action en Angleterre (1). Il dépend alors du juge de la reconnaissance, dans la mesure où le lui permet son office, de s'opposer éventuellement à une injustice commise au for de l'assignation.

72. Bien que la règle du for de l'assignation ne paraisse donc pas se prêter à de graves excès, certains juges de *common law* ont été sensibles à ses inconvénients et aux abus qu'elle pourrait engendrer. Ce souci a donné lieu à la doctrine du *forum non conveniens*. Celle-ci permet au juge de se déclarer incompétent s'il apparaît qu'un autre for est mieux approprié pour connaître du litige, et de renvoyer les parties devant ce for (2). Les critères généralement invoqués sont l'« intérêt des parties » et les « fins de la justice » ; jamais la fraude du demandeur ne paraît mentionnée. Mais l'un des éléments pris en considération est souvent l'absence de tout rattachement avec le for autre que le *personal service* (3) et le fait qu'une loi étrangère est compétente pour régler la question au fond (4). Ainsi, pour se déclarer incompétente sur l'action intentée par une société française contre une autre société française, une juridiction écossaise a relevé que « la loi française permet au défendeur, dans certaines circonstances, de limiter sa responsabilité en abandonnant le navire et le fret, et [les défendeurs] seraient privés de la possibilité d'invoquer ce droit si le procès était jugé en Ecosse » (5). D'autre part, le seul texte législatif, semble-t-il, qui ait réglementé le *plea* de *forum non conveniens*, énonce parmi les cas d'admission de celui-ci une différence entre les règles de conflit du for et celles du for supposé plus compétent (6). La possibilité pour le juge de se déclarer en pareil cas incompétent, jointe aux facteurs objectifs relevés plus haut, paraît donc limiter les abus auxquels pourrait se prêter la règle du for de l'assignation. Il reste que le juge ne peut se déclarer incompétent qu'à la demande du défendeur (7). Ceci conduit à s'interroger sur la légitimité d'une compétence qui ne serait fondée que sur le consentement des parties.

73. d) Le for contractuel. Le consentement des parties peut paraître un chef de compétence critiquable dans l'ordre internatio-

(1) *Carrick v. Hancock* [1895], 12 TLR 59 (cité par CHESHIRE-NORTH, p. 624-5).

(2) GUTTERIDGE, *op. cit.*, p. 161 et s. ; ANTON, *Private International Law*, 1967, p. 150 et s. ; EHRENZWEIG, « The Transient Rule of Personal Jurisdiction : The « Power » Myth and Form Conveniens », 65 *Yale L. J.* 289 (1956) ; *Restatement, Second, Conflict of Laws*, § 84.

(3) Ou la saisie d'un bien, comme c'est le cas en Ecosse et dans certains Etats américains qui connaissent la compétence du *forum arresti*.

(4) Cette justification est cependant critiquée par ANTON, *op. cit.*, p. 151.

(5) *Société du Gaz de Paris v. S.A. de Navigation « Les Armateurs français »* [1926] Sess. Cass. 13 (H.L. 1925).

(6) V. *Wisconsin Statutes Annotated*, § 262.19, (3) (reproduit in VON MEHREN et TRAUTMAN, p. 765 et STEINER et VAGTS, p. 647).

(7) V. le texte cité à la note précédente, chiffre (1) ; ANTON, *op. et loc. cit.*

nal, lorsqu'il n'existe aucun lien objectif entre le for et le litige (1). La prorogation volontaire de juridiction paraît cependant largement admise en droit comparé. On peut faire valoir en sa faveur qu'elle supplée aux incertitudes et aux lacunes du droit de la compétence judiciaire dans les relations internationales (2), et qu'elle apporte donc commodité et sécurité aux parties. Mais elle n'est pas non plus sans danger. S'agissant en premier lieu d'une prorogation *ante litem natam*, celle-ci peut réaliser un abus de la part du stipulant qui prend soin de mettre le promettant hors d'état de défendre ses intérêts (3), ou encore de placer indirectement ses rapports avec celui-ci sous l'empire d'une loi qui lui sera plus favorable. S'agissant en second lieu d'une prorogation *post litem natam*, celle-ci pourra traduire dans certains cas l'absence de contestation réelle entre les parties, qui ne cherchent qu'à se soustraire à la loi compétente (4). Le domaine plus particulier de cette hypothèse est connu : il s'agit essentiellement du divorce, pour lequel un débat judiciaire est dans de nombreux cas imposé aux parties alors qu'il n'existe pas nécessairement de litige entre elles. Qu'il s'agisse donc de prorogation antérieure ou concomitante au litige, « la désignation d'un tribunal n'ayant aucun lien avec l'affaire en cause ne semble pouvoir être motivée que par le désir de réaliser quelque fraude » (5). Dans cette mesure un for ne devrait l'accueillir qu'avec circonspection.

74. Il est toutefois possible de montrer qu'une prorogation volontaire de juridiction peut être inspirée par des motifs légitimes, alors même qu'il n'existerait aucun lien entre l'affaire en cause et le tribunal désigné et alors même que le litige ne présente aucun caractère international (6). En effet, pour prendre cette dernière hypothèse (qui n'est au fond qu'un cas limite de la précédente), il se peut que le droit interne compétent ne connaisse en la matière que des règles supplétives, de telle sorte que la désignation d'un for (ou d'un arbitre) étranger ne peut réaliser aucune fraude, tandis

(1) V. H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965. L'auteur définit la prorogation l'« acte par lequel les parties vont soustraire leur différend au tribunal qui aurait dû en connaître pour le porter devant une juridiction de leur choix » (n° 6). On considérera ici qu'il s'agit d'un acte bilatéral, une prorogation « unilatérale » relevant du *forum actoris*.

(2) BATIFFOL, Préface à l'ouvrage de H. GAUDEMET-TALLON, préc., p. III.

(3) H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 327 à 331 ; mais comme le relève l'auteur (n° 329), il ne s'agit pas là d'une question propre au droit international, la prorogation en faveur d'un for étranger ayant pour premier but d'accroître les difficultés pour l'autre partie. On rejoint ici l'observation selon laquelle la règle *Actor sequitur* est peut-être moins fondée dans l'ordre international que dans l'ordre interne (*supra*, p. 57, note 3).

(4) On ne parle pas de soustraction au « for » compétent, un déplacement de la compétence juridictionnelle ne constituant pas une fin en soi dans une fraude de droit international.

(5) H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 312.

(6) H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 295 et s.

qu'elle peut s'expliquer par l'existence d'un système étranger ou a-national plus apte à régir les rapports entre les parties (1). Ces observations conduiraient à admettre en principe la prorogation volontaire de juridiction, et donc à reconnaître la légitimité dans l'ordre international de ce chef de compétence, sauf à réserver la fraude à la loi (2). Cette conception est satisfaisante en ce qu'elle pose la liberté en principe. Elle présente cependant des inconvénients, en ce qu'elle repose sur l'aptitude d'un for donné à apprécier la teneur d'une loi étrangère, et ce alors qu'il existe ou a existé par hypothèse entre les parties une concertation suffisante pour se soumettre à sa juridiction (3). Devant les dangers que présente la situation, il est permis de se demander si en l'absence de rattachement objectif entre le for et le litige, et contrairement à la règle selon laquelle la bonne foi se présume, on ne devrait pas exiger des parties qu'elles justifient d'un intérêt légitime pour elles à se soustraire à la compétence de leur juge *naturel*. Cette dernière expression révèle bien le caractère nécessairement suspect d'une compétence juridictionnelle qui ne serait fondée que sur la volonté des parties.

75. L'analyse critique des principaux chefs de compétence internationale apparemment abusifs montre que ceux-ci ne se prêtent pas nécessairement à la fraude : soit parce qu'ils ne sont pas nécessairement abusifs compte tenu de l'objet du litige, soit parce que lorsqu'ils le sont, des considérations pratiques s'opposent normalement à leur utilisation. Cependant, même lorsqu'un for exerce légitimement sa compétence à l'égard d'une situation transnationale, cette légitimité n'emporte pas nécessairement celle de sa propre loi à régir l'affaire au fond, qu'il convient donc d'envisager en second lieu.

(1) On emploie volontairement ici le mot « système » pour ne pas distinguer la compétence juridictionnelle de la compétence au fond. Un auteur voit dans cette assimilation une confusion parce que l'« essentiel reste... la solution donnée au fond » (H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 360) et en conclut qu'une prorogation de compétence devrait être tenue pour valable sauf à s'opposer à une fraude à la loi sur le fond (n° 361). Mais à l'argument selon lequel un jugement de divorce rendu au Nevada n'aurait pas été déclaré inopposable en France si le Tribunal de Reno avait appliqué la loi française (H. GAUDEMET-TALLON, *op. et loc. cit.*), on peut répondre que dans ce cas la demanderesse n'aurait pas pris la peine de se rendre au Nevada. Le même auteur reconnaît du reste que la notion de « fraude à la compétence » est dépourvue de sens (H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 223, note (3)) car l'utilisation de règles de compétence ne peut avoir pour but que de frauder la loi (comp. *supra*, n° 57). Il semble dès lors préférable, ou en tout cas indifférent, de rejeter une demande inspirée par la fraude sur le terrain de la compétence judiciaire plutôt que sur celui de la compétence législative. A ceci s'ajoutent les difficultés tenant à l'interprétation d'une loi étrangère, singulièrement dans son application internationale.

(2) En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 364.

(3) Sur les difficultés que soulève la connaissance de la loi étrangère, notamment en cas de concertation entre les parties, v. *supra*, n° 60.

B. — LA COMPÉTENCE AU FOND.

76. L'organe législatif de l'Etat doit exercer sa compétence en respectant les souverainetés étrangères, et il existe une responsabilité internationale de l'Etat du fait des actes législatifs (1). Mais cette responsabilité sera rarement mise en œuvre dans les matières de droit privé, parce que les abus éventuels sont individuels et n'intéressent pas directement l'Etat qui en est victime (2). Effectivement, l'objet du droit international privé est d'abord de régler des conflits privés, non des conflits de souverainetés. C'est pourquoi la question du respect des souverainetés étrangères doit ici être envisagée sous un angle particulier : il s'agit de rechercher dans quelle mesure il sera loisible à une juridiction interne saisie d'une affaire internationale de ne pas appliquer la loi du for, étant admis que la compétence juridictionnelle ne préjuge pas la compétence législative ; ou encore, il s'agit de rechercher dans quelle mesure l'exercice de son pouvoir par l'organe législatif laisse une part à l'application ou la prise en considération des lois étrangères. Ceci suppose que le domaine d'application international de la loi soit d'une certaine façon limité. A cet égard, on sait que le législateur édicte le plus souvent les dispositions qu'il prend sans souci des situations qui présenteront un rattachement étranger. Mais il se peut en premier lieu qu'une limitation globale soit fixée à une catégorie de lois donnée, par l'existence d'une règle de conflit. Il arrive en second lieu que le législateur ait expressément fixé un domaine d'application international à la loi. Après avoir envisagé successivement ces deux cas, il conviendra d'aborder celui où il n'existe aucune limitation expresse à l'application de la loi et où celle-ci se prête difficilement à sa désignation au moyen d'une règle de conflit.

77. 1) *Cas où le législateur a fixé un domaine d'application global pour une catégorie de lois donnée (règle de conflit).* — L'adoption de règles de conflit bilatérales manifeste le souci de limiter l'application internationales des lois locales et celui de reconnaître une compétence analogue aux lois étrangères ayant le même domaine (3). Elle paraît donc traduire une égalité de principe absolue entre la loi du for et les lois étrangères, exclusive de tout abus de compétence. Mais

(1) ROUSSEAU, *Droit international public*, 5^e éd., Dalloz, 1970, n^{os} 125 et 126.

(2) La responsabilité de l'Etat du fait d'un acte législatif a notamment trouvé à s'appliquer dans une matière de droit public, le droit fiscal ; v. sentence arbitrale Gustave Ador du 15 juin 1922, *Rec.*, NU, vol. I, p. 302.

(3) Il importe peu à cet égard que les règles de conflit bilatérales aient été conçues directement comme telles (v. les lois d'introduction à certains Codes modernes) ou que des règles de conflit unilatérales aient été bilatéralisées (comme c'est le cas en France ou en Allemagne dans certaines matières). Sur la « bilatéralité », v. VIVIER, « Le caractère bilatéral de la règle de conflit », *Rev. crit.*, 1953.655 et s., 1954.73 et s.

toutes les exceptions, avouées ou inavouées, au jeu normal de la règle de conflit constituent autant d'atteintes possibles aux souverainetés étrangères. Il s'agit essentiellement des cas où il y a « interférence de la loi interne... dans le jeu de la règle de conflit » (1), soit à raison de ses règles mêmes de fonctionnement, soit qu'on renonce à l'appliquer au motif de « défaillance » de la loi étrangère (2).

78. Les exceptions traditionnelles à l'application de la loi étrangère tiennent à l'ordre public et à la fraude à la loi (3). En ce qui concerne l'ordre public, le respect des souverainetés étrangères se manifestera non seulement par une limitation du nombre des dispositions matérielles que l'on déclare d'ordre public international (4), mais par une limitation du domaine d'intervention du mécanisme même (5). En ce qui concerne la fraude à la loi, le défaut de respect des souverainetés étrangères peut se manifester par la qualification hâtive d'une fraude à la loi du for (6), et il pourrait s'exprimer d'autre part par le refus de principe de sanctionner la fraude à la loi étrangère ; mais celui-ci constituerait à proprement parler une aberration dans un système qui prétend procéder par règles de conflit bilatérales (7).

(1) BATIFFOL-LAGARDE, n° 345 et s.

(2) L'application même du système de règles de conflit du for est parfois discutable, par suite de l'existence de conflits de systèmes ; v. notamment FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes*, Paris, 1968, *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Conflits de lois (principes généraux)*, n° 347 et s. ; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959 (notamment I^{re} Partie) et « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. crit.*, 1960.459 ; GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit.*, 1971.1 et s., 209 et s., 415 et s. Malgré sa contestation de plus en plus vive, elle a cependant été récemment défendue (F. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, 1973). La discussion déborde largement le sujet de la présente étude. On aura cependant l'occasion de constater que le recours à la figure du renvoi, qui « (camoufle) la solution d'un conflit de systèmes sous les dehors d'une application un peu plus complexe de la règle de conflit du for » (GOTHOT, *op. cit.*, p. 433) est particulièrement fallacieux lorsque la règle de conflit étrangère que l'on prétend coordonner n'existe pas (*infra*, n° 265, affaire de *Gunzbourg*), et que l'application de la règle de conflit du for à une situation qui ne présente pas avec celle-ci de rattachement suffisant pourrait favoriser les desseins d'un demandeur mal intentionné (*infra*, n° 534 et s., affaire de la *Banque ottomane*).

(3) MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, 1952.

(4) On a relevé dans le passé une tendance du juge français à écarter facilement la loi étrangère au nom de l'ordre public ; il existe cependant des manifestations plus récentes d'une tendance restrictive (v. Civ., 30 mai 1967, *préc.*). Mais du point de vue ici envisagé, c'est moins dans sa fonction négative que dans sa fonction positive plus récemment découverte (affirmation d'une certaine politique législative du for) que l'ordre public présente des dangers et qu'il convient de limiter l'application des « lois de police » (*infra*, n° 83 et s.).

(5) V. P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, 1959.

(6) Il s'agit de la fraude du sujet, qui sera analysée *infra*, n° 105 et s.

(7) *Infra*, n° 221.

79. La même remarque vaut pour certains cas de « défaillance de la loi étrangère » désignée par la règle de conflit. S'agissant de son applicabilité, un système de règles de conflit bilatérales perd le caractère d'universalité auquel il peut prétendre lorsqu'il énonce que « les règles... de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public... » (1). Du point de vue ici envisagé, on doit constater que « la non invocation de la loi étrangère compétente par une partie peut... être due, non à un manque de fonds ou à l'ignorance de l'avocat, mais au contraire à d'astucieuses considérations techniques » (2). Ceci impose donc de limiter l'« application subsidiaire de la loi du for » aux cas où le litige présente des liens substantiels avec le for (3). On sait d'autre part que les parties ne déploient pas nécessairement tous les efforts nécessaires pour porter à la connaissance du juge la teneur du droit étranger compétent ; c'est pourquoi il est généralement préconisé que le juge puisse rechercher celui-ci d'office (4).

80. 2) *Cas où le législateur a fixé le domaine d'application international de la disposition édictée.* — L'attention a été attirée relativement récemment sur l'existence dans tous les pays de normes fixant leur propre domaine d'application (5). Cette technique se prête à un abus de compétence, et elle a même été presque ouvertement utilisée à cette fin, comme le montre un exemple significatif. Il s'agissait de la part des Etats-Unis de lutter contre la concurrence que leur portaient les flottes marchandes étrangères (6). Cette concurrence était estimée induite, car elle résultait des conditions très sévères alors faites aux marins sur la plupart des navires étrangers. En particulier, il était d'usage sur les navires anglais de stipuler que les marins ne recevraient leur salaire qu'à la fin de leur enga-

(1) Civ., 12 mai 1959, *Bisbal*, D., 1960.610, note Malaurie ; *J.C.P.*, 1960.II. 11733, note Motulsky ; *Clunet*, 1960.810, note Sialelli ; *Rev. crit.*, 1960.62, note Batiffol. Ce motif n'exprime cependant pas exactement le droit positif français (*infra*, n° 230). Le plus récent projet de codification du droit international privé a retenu la solution orthodoxe à savoir que « les tribunaux appliquent, même d'office, les règles françaises de conflit de lois » (art. 2287, C. civ.) ; v. Jacques FOYER, « Le nouvel avant-projet de réforme du Droit international privé français », *Clunet*, 1971.31.

(2) C. DAVID, *La loi étrangère devant le juge du fond*, n° 179.

(3) En ce sens, C. DAVID, *op. cit.*, n°s 173 et s.

(4) *Supra*, n° 60 ; *adde* : *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Loi étrangère*, par A. PONSARD, n° 64.

(5) NUSSBAUM, *Principles of Private International Law*, 1943, p. 69 ; DE NOVA, « Conflit des lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mél. Maury*, t. 1, p. 381 ; VON OVERBECK, « Les règles de droit international privé matériel », *Mél. Kollwijn et Offerhaus*, p. 632 ; GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mél. Dabin*, t. 2, p. 629 ; FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Rev. crit.*, 1966.1 ; VAN HECKE, « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *Recueil des cours*, 1969.I, p. 399.

(6) V. STEINER et VAGTS, p. 842.

gement (lequel pouvait être de plusieurs années), sauf s'il plaisait au capitaine d'en verser une partie au cours du voyage. Aux Etats-Unis, le *Seaman's Act* de 1915 disposait que tout marin à bord d'un navire américain avait le droit de recevoir la moitié de son salaire lorsque celui-ci était échu, nonobstant toute clause contraire du contrat d'engagement. La loi ajoutait alors : « ... cette disposition est applicable aux marins à bord de navires étrangers lorsqu'ils se trouvent dans les ports américains et les tribunaux des Etats-Unis leur sont ouverts pour son application » (1). Dans une affaire *Strathairn Steamship Co., Ltd v. Dillon*, un marin anglais, travaillant à bord d'un navire anglais, demandait l'application de cette loi, alors que son bâtiment faisait escale en Floride. La Cour suprême des Etats-Unis fit droit à sa demande, « le but du Congrès [ayant été] de placer les marins américains et étrangers à égalité de droits en cette matière » (2). Dans une opinion qui ne fut pas publiée, le juge Brandeis développait l'argument selon lequel l'application de la loi américaine à de telles espèces améliorerait la position des marins américains et de la flotte américaine face à la concurrence étrangère (3). Les travaux préparatoires de la loi exprimaient ouvertement l'idée que les bâtiments étrangers faisant commerce aux Etats-Unis seraient contraints d'élever les salaires et d'améliorer les conditions générales de travail, faute de quoi leurs équipages déserteraient dans les ports américains après avoir recouvré leurs salaires arriérés.

81. Il y avait donc clairement dans cette situation un abus de souveraineté de la part du Congrès des Etats-Unis, destiné à faire échec aux lois étrangères dans leur sphère légitime de compétence. En fait, cet abus pouvait se recommander d'excellents arguments — même s'il était inspiré par le souci de venir en aide aux armateurs américains plutôt que par celui d'améliorer la condition des marins étrangers — et l'on peut comparer cette situation à celles dans lesquelles, suivant la technique de la règle de conflit, on écarte l'application de la loi étrangère compétente par l'exception d'ordre public. Plus récemment, les juridictions américaines se sont refusées à faire application du *National Labor Relations Act* à des navires en fait américains mais battant pavillon de complaisance, suivant en cela une autre politique (4). Dans l'affaire *Lauritzen v. Larsen* également, où un marin étranger blessé sur un navire étranger dans un port étranger demandait que lui soit appliquée la loi américaine, les juges refusèrent d'encourager de cette manière le *forum shopping* (5). Pourtant le conseil du demandeur et divers *amici curiae* avaient

(1) 38 Stat. 1164 (1915).

(2) 252 US 348 (1920). L'affaire avait occasionné une protestation de la part du gouvernement anglais.

(3) V. BICKEL, *The Unpublished Opinions of Mr. Justice Brandeis* (1957), p. 35.

(4) *Infra*, n° 98.

(5) *Supra*, n° 18.

fait état devant la Cour de l'avantage qui résulterait pour la flotte américaine de l'application des lois sociales américaines à des cas semblables ; leur argumentation fut mal reçue par la Cour (1).

82. L'exemple du *Seaman's Act* est extrême, parce que cette loi traduisait une volonté délibérée de méconnaître les souverainetés étrangères. En l'absence d'une telle volonté, on peut se demander quel est le critère d'un abus de compétence. On songe alors naturellement, par application de la maxime kantienne, à la possibilité ou l'impossibilité de « bilatéraliser » le rattachement retenu (2). Un exemple de règle bilatéralisable est donné par l'article 3 de la loi française du 24 juillet 1966 qui dispose que : « Les sociétés dont le siège social est en France sont soumises à la loi française ». Se présentent au contraire comme manifestement abusives la loi belge du 27 juin 1960 sur le divorce qui dispose en son article 2 que dans le cas d'époux dont l'un est belge, l'admissibilité du divorce est régie par la loi belge (3) ; ou la loi française du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime, qui dispose en son article 16, alinéa 1^{er} : « Le présent titre est applicable aux transports, effectués au départ ou à destination d'un port français, qui ne sont pas soumis à une convention internationale à laquelle la France est partie et en tout cas aux opérations de transport qui sont hors du champ d'application d'une telle convention » (4). Un mariage mixte ou un transport international mettant par définition en cause deux souverainetés, de telles dispositions récusent ouvertement toute possibilité d'une répartition objective des compétences (5). On pourrait cependant penser que des règles de compétence judiciaires raisonnables permettent de tempérer ce que la disposition législative présente d'abusif (6) ; mais la compétence judiciaire paraît indissolublement liée à la compétence législative

(1) « L'argument est déplacé. C'est devant le Congrès qu'il pourrait être présenté. Un conseil au fait de l'attitude traditionnelle de cette Cour dans les questions maritimes n'aurait pas dû en faire état devant nous » 345 US 571 (1953).

(2) Ce qui ne signifie pas nécessairement qu'une telle bilatéralisation ait un sens et doive être opérée ; v. *infra*, n° 85.

(3) V. FRANCESKAKIS et GOTHOT, « Une réglementation inachevée du divorce international. La loi belge du 27 juin 1960 », *Rev. crit.*, 1962.247.

(4) V. le commentaire de cette loi par R. JAMBU-MERLIN, *Rev. crit.*, 1966.729. Ce type de disposition paraît répandu en droit maritime comparé.

(5) La loi française de 1966 va plus loin encore, puisqu'elle prétend évincer les lois étrangères jusque dans des cas où le transport ne s'est effectué ni au départ ni à destination d'un port français. Cette disposition a été qualifiée d'« étrange au point de vue des principes » (JAMBU-MERLIN, *op. et loc. cit.*). Elle aurait été adoptée sans débat parlementaire, après qu'eut été écarté un texte soumettant le contrat de transport à « la loi nationale à laquelle le rattachent les intérêts qu'il présente » (v. compte rendu signé M. S.-D., *Rev. crit.*, 1969.379).

(6) En ce sens, s'agissant du divorce, FRANCESKAKIS et GOTHOT, *op. cit.*, n° 56, p. 280.

à l'égard de dispositions de ce type, par une sorte d'effet « réflexe » et ne serait-ce que parce qu'un juge étranger n'a aucune raison de les appliquer en l'absence d'un rattachement prépondérant avec la souveraineté qui les édicte (1). En ce qui concerne le juge local, la possibilité de ne pas respecter ces dispositions à la lettre dépend de la liberté qui lui est reconnue à l'égard de la loi. L'opinion a été exprimée que des dispositions de ce type doivent être purement et simplement respectées (2). Elle paraît conforme à l'office du juge dans la plupart des systèmes. Mais il n'est pas interdit de penser que le juge saisi d'un cas où la souveraineté locale n'a aucun intérêt ou un intérêt secondaire à l'application de sa loi parviendrait par voie d'interprétation à écarter cette application, de la même manière qu'il peut le faire en l'absence d'une détermination législative expresse de son domaine d'application.

83. 3) Cas où le législateur n'a pas fixé le domaine d'application international de la loi. — Il est couramment observé que le législateur se soucie rarement du domaine d'application international des dispositions qu'il édicte. On a vu cependant que dans un grand nombre de cas, une règle de conflit compréhensive pourvoit à la fixation du domaine d'application d'une catégorie de lois donnée (3). Toutefois, selon une autre observation devenue quotidienne, le développement de l'intervention de l'Etat dans les rapports de droit privé s'est traduit dans tous les pays par une prolifération de lois impératives, d'ordre familial et surtout économique, dont l'application ne se prête que malaisément à l'intervention d'une règle de conflit (4). Ces lois, que l'on a appelé en France « lois de police » et « lois d'application immédiate », se caractérisent par l'inclusion d'un « élément d'organisation étatique » (5). L'expression indique leur « teinture », plus ou moins prononcée selon les cas, de droit public. A ce titre, elles présentent deux caractéristiques impor-

(1) En matière maritime, on relève précisément que les droits belge, néerlandais, américain, marocain, australien et néo-zélandais prohibent toute clause attributive de compétence à un tribunal étranger qui entraînerait l'application d'une loi étrangère ; v. H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 347. La formulation du *Seaman's Act* (*supra*, n° 80) illustre bien le lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative.

(2) FRANCISAKIS, *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Conflits de lois (principes généraux)*, n° 393 ; DE NOVA, *op. cit.*, p. 398.

(3) *Supra*, n° 77. C'est pourquoi l'observation rappelée peut surprendre sous la plume d'auteurs pour lesquels le procédé de la règle de conflit a vocation universelle à régir les rapports internationaux de droit privé ; car les règles de conflit — qu'elles soient expressément édictées par le législateur ou que, d'origine jurisprudentielle, elles bénéficient de son approbation tacite — pourvoient normalement et de manière générale à la désignation de la loi compétente dans toute situation.

(4) Comp. BATIFFOL, « L'état du droit international privé en France et dans l'Europe de l'Ouest », *Clunet*, 1973.33.

(5) FRANCISAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Rev. crit.*, 1966.13.

tantes du point de vue ici envisagé : il existe un lien étroit entre la compétence judiciaire et la compétence législative et l'existence dans l'Etat du for d'une réglementation de ce type peut constituer une « force d'attraction », en ce que le juge sera tenté d'appliquer la loi du for à des espèces dans lesquelles il aurait peut-être reconnu la compétence d'un droit étranger si la réglementation n'existait pas (1). Une illustration frappante de cette hypothèse est l'affaire *Boll* dont eut à connaître la Cour internationale de Justice, à la suite de l'application par les autorités suédoises de la loi locale sur l'« éducation protectrice des mineurs » à une enfant de nationalité néerlandaise, nonobstant le fait qu'une Convention liant la Suède et les Pays-Bas imposait de remettre l'enfant au tuteur désigné par application de la loi néerlandaise (2). En matière économique, de même, l'existence d'une réglementation impérative crée un risque de voir le juge appliquer la loi du for sans souci de la compétence supérieure d'une loi étrangère et donc se prêter au *forum shopping*.

84. Devant ce risque, un effort de limitation du domaine d'application des lois du for et de prise en considération des lois étrangères doit être entrepris (3). Celui-ci pose avant tout une question de méthode, dont l'examen d'ensemble dépasserait les limites d'une étude consacrée à la fraude ; on se bornera donc à indiquer les directions dans lesquelles les efforts peuvent s'orienter. Pour ce faire, on peut partir de l'idée selon laquelle toutes les méthodes de choix d'une loi interne applicable à un rapport international sont réductibles à l'un ou l'autre de deux schémas : selon le premier, on définit et analyse le rapport de droit considéré pour être conduit à la loi applicable ; selon le second, on part des lois en conflit pour en déterminer le champ d'application et décider laquelle doit régir la situation considérée (4). Le but à atteindre peut être recherché selon l'une ou l'autre méthode.

85. Selon la première, on va partir de l'observation des lois de police du for, identifier le rattachement qui commande leur application et « bilatéraliser » ce rattachement. Il ne s'agit au fond que

(1) Sur la portée du phénomène des lois présentant un élément d'organisation étatique pour la méthode de solution des conflits de lois, v. *infra*, n° 155.

(2) *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c/ Suède)*, arrêt du 28 nov. 1958, *C.I.J. Rec.*, 1958, p. 55. V. BATIFFOL et FRANCESCAKIS, « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *Rev. crit.*, 1958.259.

Rappr. l'arrêt de la Cour de Paris du 16 févr. 1965 (*Rev. crit.*, 1966.453, note P. Lagarde) appréciant la capacité d'un mineur allemand à s'engager dans la Légion étrangère non selon sa loi personnelle mais selon les lois françaises qui concourent à l'organisation de l'armée.

(3) L'apparition de cette préoccupation en droit positif est notamment symbolisée par un arrêt du *Hoge Raad* néerlandais du 13 mai 1966 (*Rev. crit.*, 1967.522, note Struycker ; *Clunet*, 1969.1010, note Kolléwijn).

(4) *Infra*, n° 148 et s.

d'appliquer à un type de lois nouveau la démarche opérée en France à partir de l'article 3 du Code civil. Mais étant donné le particularisme des dispositions en question, on aboutira à des règles de conflit « spéciales » par opposition aux règles de conflit « générales » traditionnelles (1). Cette méthode se heurte cependant à des objections théoriques et à des difficultés pratiques non négligeables. Il est généralement reconnu qu'en dépit de la prétention rationnelle et universelle des règles de conflit traditionnelles, les points de rattachement retenus le sont en fonction des besoins de l'Etat : la querelle séculaire de la nationalité et du domicile n'a pas d'autre sens. Or il s'agissait là de choisir un rattachement dans un domaine où les intérêts de l'Etat n'étaient pas engagés de manière directe, celui du statut personnel de droit privé. S'agissant des lois auxquelles on veut adapter une méthode bilatéraliste, ces prémisses n'existent plus. L'Etat qui les édicte poursuit ouvertement des buts particuliers, et ce au moyen d'une organisation étatique déterminée. Dans ces conditions, la possibilité de bilatéraliser une loi de police donnée, si elle se rencontre, paraît bien devoir être le produit d'une coïncidence heureuse plutôt qu'une conséquence de la nature des choses (2). Une loi de police bilatéralisée serait en quelque sorte une loi de police « dépoliciée » (3). Ces observations expliquent les multiples difficultés auxquelles se heurte la mise en œuvre pratique du projet de bilatéralisation (4). On citera l'existence de rattachements non bilatéralisables, tels que ceux fondés sur un privilège de nationalité (5), celle de rattachements alternatifs tels que ceux du port de départ et du port de destination dans un contrat d'affrètement maritime (6) et l'absence éventuelle de loi de police du for dans le domaine considéré (7). La méthode ne paraît réellement applicable que lorsque le rattachement choisi par la loi de police du for est le même que celui retenu par la loi étrangère. Dans ce

(1) Cette démarche paraît notamment préconisée par RIGAUX, *Droit international privé*, 1968, n° 84, p. 119 ; A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, Dalloz, 1972 (notamment n°s 286 et s.) ; F. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, 1973 (notamment n°s 62 et s.). Elle avait été antérieurement explorée par NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit.*, 1958.57 et ZWIEGERT, « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965.656.

(2) Rapp. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit.*, 1971.232.

(3) F. HAGE-CHAHINE, *Les conflits de lois dans l'espace et dans le temps en matière de prescription*, thèse, Paris, 1973 (dactylographiée), p. 193. Certains auteurs favorables à la règle de conflit font la même observation, mais à l'appui de leur thèse : « Par la bilatéralisation, le particularisme des lois de police est appelé à disparaître... » (F. DEBY-GÉRARD, *op. cit.*, n° 82, p. 61).

(4) V. P. LAGARDE, *Compte-rendu de l'ouvrage de A. TOUBIANA, préc.*, *Rev. crit.*, 1973.428.

(5) Sur ce point, v. F. DEBY-GÉRARD, *op. cit.*, n° 80.

(6) Sur ce point, v. A. TOUBIANA, *op. cit.*, n° 290.

(7) Sur ce point, v. A. TOUBIANA, *op. cit.*, n° 293.

cas, comme *a fortiori* dans les précédents, il est tentant de recourir à la seconde méthode.

86. Celle-ci va s'attacher à comparer les titres à s'appliquer des lois en conflit, compte-tenu des buts qu'elles poursuivent et des rattachements de la situation à régir (1). Dans ce processus, le juge devra donner de la *lex fori* une interprétation « modérée et restreinte » selon l'expression de Currie, de façon à identifier le cas échéant un « faux conflit » dans lequel la loi étrangère aurait un intérêt prépondérant à régir la situation. Il devrait en être ainsi que les lois en conflit aient ou non paru fixer leur propre domaine d'application international ; on pourra donc ne pas appliquer la loi du for dans un cas où le législateur lui a fixé un domaine d'application manifestement abusif (2), de même que l'on pourra tenir compte de la loi étrangère hors du domaine qu'elle paraît s'assigner. Les critiques élevées contre cette méthode sont les unes d'ordre technique, les autres de principe ; elles ne paraissent ni les unes ni les autres déterminantes (3).

87. Du domaine technique relèvent les objections selon lesquelles « il n'a en réalité jamais été possible, ni d'établir le type de lois qu'il s'agissait de rendre applicables, pas plus que le critère de désignation de l'ordre juridique auquel il fallait les emprunter » (4). Sur le premier point, on peut répondre que cette entreprise serait inutile et que c'est par une perversion de la méthode unilatéraliste que l'on a pu chercher à identifier les lois d'application immédiate. Une telle recherche implique en effet qu'une fois identifiées, ces lois seraient systématiquement appliquées, alors que l'expression de « loi d'application immédiate » doit désigner une méthode et non un contenu. Les lois en question n'ont pas à être identifiées préalablement ; elles se constatent par une certaine incompatibilité avec le procédé de la règle de conflit. Quant au « critère de désignation de l'ordre juridique auquel il faut les emprunter », nul ne paraît s'être avisé que dans un débat contradictoire chaque partie a intérêt à invoquer l'application de l'une des lois en conflit.

(1) Cette méthode, systématisée par la doctrine américaine contemporaine et notamment par Currie (*supra*, n° 27), se rattache au courant unilatéraliste relancé en Europe par Quadri et Wengler ; v. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit.*, 1971.1 et s., 209 et s., 415 et s.

(2) C'est-ce que paraît avoir fait le Tribunal de Rotterdam en interprétant l'article 517 *d* du Code de commerce des Pays-Bas (exemple cité par F. DEBY-GÉRARD, *op. cit.*, n° 81, p. 60).

(3) On ne tiendra pas compte ici de celles ayant trait à la prise en considération d'une loi étrangère présentant un caractère de droit public, ou de loi politique. Ces critiques sont aujourd'hui périmées (v. leur réfutation, *infra*, n° 222 et s.) et elles sont aussi bien écartées dans un système bilatéraliste (v. A. TOUBIANA, *op. cit.*, n° 201 et s.).

(4) GOTHOT, *op. cit.*, p. 240.

A supposer même qu'une loi compétente ne soit pas invoquée, parce que l'une des parties fait défaut ou n'est pas suffisamment conseillée, ce n'est pas trop demander au juge que d'examiner les lois pouvant entrer en cause pour s'assurer que l'une ne pourrait présenter une « volonté d'application » légitimement supérieure à celle de la loi du for. Au plan des principes, on reprochera à la méthode une absence de prévisibilité des solutions, qui n'est pas niable. C'est pourquoi un auteur unilatéraliste américain s'est attaché à énoncer des « principes de préférence » qui permettraient de réduire cet inconvénient (1) ; leur positivité n'est pas suffisante pour qu'il soit utile de les envisager. On pourra en revanche émettre des doutes sur la réelle prévisibilité des solutions atteintes au moyen de règles de conflit bilatérales (2). On sait qu'une loi interne commet toujours un certain abus en s'appliquant à une situation internationale. C'est pourquoi nulle part autant qu'en droit international privé le juge ne doit être le législateur du cas particulier ; il semble que la seconde méthode ici évoquée soit plus propre que la première à réaliser cette fin (3).

SECTION III

EFFETS D'UN ABUS DE SOUVERAINETÉ EN MATIÈRE DE DROIT PRIVÉ

88. Lorsqu'un Etat exerce abusivement sa compétence, il appartient à l'Etat dont la souveraineté est méconnue de réagir. En matière de droit public, il le fera notamment en exerçant une action diplomatique, à moins qu'un rapport de forces ne lui impose de subir la violation de sa souveraineté. En matière de droit privé, un abus de souveraineté n'entraîne normalement pas de réaction de la part de l'Etat qui en est victime (4). Si l'application de la loi sans compé-

(1) V. CAVERS, *The Choice-of-Law Process* (1965), p. 114 et s. ; VON MEHREN, « Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux Etats-Unis », *Clunet*, 1973.116 (notamment, p. 143 et s.).

(2) *Infra*, n° 152.

(3) Bien que la méthode de la règle de conflit prévale dans les pays de l'Europe de l'Ouest, on relève dans l'avant-projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles une disposition qui traduit l'ébauche d'un raisonnement unilatéraliste : « Lorsque le contrat présente également des liens avec un pays autre que celui dont la loi est applicable en vertu des articles [précédents] et que la loi de ce pays contient des dispositions réglant impérativement la matière d'une façon qui exclut l'application de toute autre loi, il sera tenu compte de ces dispositions dans la mesure où leur nature ou leur objet particuliers pourraient justifier cette exclusion » (art. 7) (*Rev. crit.*, 1973.209).

(4) *Supra*, n° 56.

tence n'est pas davantage contestée par un particulier, la violation internationale de la loi évincée est donc consommée, sans autre conséquence. Mais l'exercice de droits acquis en application d'une loi sans compétence peut se heurter dans le ressort de la loi évincée à la contestation d'autrui, et dans ce cas il appartiendra aux autorités publiques (et en particulier au juge) de décider si ces droits peuvent y être reconnus. D'autre part, la violation internationale de la loi évincée peut être invoquée dans un ressort tiers, c'est-à-dire qui n'est ni celui de la loi appliquée, ni celui de la loi évincée. Pour le *for* saisi, c'est un problème de fraude à la loi étrangère, qui ne doit pas être confondu avec le problème abordé dans la Section précédente : il s'agissait là de la fraude à la loi étrangère par application de la loi du *for*, il s'agit ici de la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce. Pour résoudre un tel problème, le *for* saisi devra notamment rechercher quelle serait la réaction des autorités chargées de faire respecter la loi évincée. C'est pourquoi il convient d'envisager en premier lieu l'effet de l'abus de souveraineté dans le ressort de la loi évincée, avant d'étudier l'effet de l'abus de souveraineté dans un ressort tiers.

A. — EFFETS DE LA VIOLATION INTERNATIONALE DE LA LOI DANS LE RESSORT DE LA SOUVERAINETÉ FRAUDÉE.

89. Le problème ici posé n'est autre que celui de la sanction de la violation internationale de la loi du *for*. Entendu sans restriction, il se confond pratiquement avec l'objet du droit international privé (1). Mais on s'intéresse plus précisément dans cette étude à la violation internationale de la loi qui procède de la création volontaire d'un faux conflit dans le but d'évincer la loi compétente, celle qui procède d'une *fraus*. Aussi la question de la sanction de la fraude à la loi de droit international ne pourra-t-elle être envisagée qu'une fois définie la *fraus*, manœuvre conçue pour échapper à l'application légitime de la loi (2). Il convient seulement ici d'envisager les différentes réactions possibles des autorités chargées de veiller au respect de la loi évincée, face à une violation manifeste de cette loi eu égard à sa teneur et à la répartition des rattachements. Deux réactions sont possibles : la réaction normale consiste de la part des autorités à s'opposer à l'exercice dans leur ressort des droits irrégulièrement acquis, et donc à refuser de reconnaître ces droits ; mais il se peut également que les autorités renoncent à sanctionner la violation internationale de la loi, et si cette attitude est érigée en pratique, on aboutit à une législation privée d'emprunt.

(1) *Supra*, n° 25.

(2) *Infra*, Chap. II et III.

90. 1) *Réaction de la souveraineté fraudée : retour à la territorialité du droit.* — L'autorité qui vient à connaître d'une violation de la loi par application d'une loi étrangère moins compétente va normalement réagir en refusant de donner effet à l'application de la loi étrangère et en affirmant le domaine d'application de la loi du for. Dans ce conflit, la souveraineté qui l'emportera sera celle qui dispose matériellement de la personne ou des biens sur son territoire ; on assiste donc à un retour pur et simple à la territorialité. Instruit par l'expérience, ou prenant les devants parce qu'il est directement intéressé à l'application de certaines lois, le législateur peut même fixer délibérément le champ d'application d'une disposition de telle manière que la violation internationale de la loi soit impossible (1). Un exemple, emprunté à la matière de la nationalité, permet de montrer comment. Il illustre également la proposition selon laquelle un abus de souveraineté engendre un abus de la part des Etats qui veulent s'y opposer, pour le plus grand dommage du droit international ; ainsi se trouve une fois encore vérifiée la nécessité du principe de l'effectivité (ou de la plus grande effectivité) dans l'exercice de la compétence internationale.

91. Il n'est pas bon que deux Etats prétendent exercer simultanément leur compétence à l'égard d'un individu en le reconnaissant chacun comme son national ; car ce double exercice de compétence s'opérera soit au détriment de l'intéressé, qui se voit imposer deux fois des obligations analogues, soit à son avantage et de façon indue, s'il parvient à échapper dans l'un et l'autre pays aux obligations qui pèsent sur ses compatriotes : il suffit d'évoquer l'exemple des obligations militaires (2). Pour cette raison, un Etat agit dans un esprit conforme au droit international en disposant que la nationalité qu'il confère se perd par l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère. Mais ceci suppose que les autres membres de la communauté internationale qui confèrent une nationalité n'attribuent celle-ci qu'à des individus présentant avec eux les liens les plus étroits et non à tous ceux qui en font la demande (exercice abusif de souveraineté) ; qu'un seul Etat accorde sa nationalité sans s'assurer d'un lien effectif et prépondérant entre l'intéressé et lui, et la possibilité de fraude est ouverte à l'encontre de tous les Etats qui se sont efforcés de réduire les cas de double nationalité et qui ont respecté la liberté d'expatriation : il suffira à leurs nationaux de changer de nationalité, au prix d'un changement de

(1) Selon une analogie dressée dans un autre contexte (v. VON MEHREN, *Clunet*, 1973.132), on voit jouer une sorte de loi de Gresham : chaque ordre juridique renonce à respecter des principes, de crainte que les autres n'en fassent pas autant.

(2) La Convention de La Haye de 1930 sur les conflits de nationalités énonce en son Préambule qu'« il est de l'intérêt général de la communauté internationale de faire admettre par tous ses membres que tout individu devrait avoir une nationalité et n'en posséder qu'une ».

résidence temporaire (voire sans changement de résidence), pour échapper aux obligations que l'Etat fait légitimement peser sur eux. Si une telle pratique vient à s'établir, l'Etat fraudé réagira par des mesures qui vont nécessairement contre les intérêts de la communauté internationale, en étendant sa compétence formelle. Dans l'exemple choisi, l'Etat peut soit rapporter la mesure relative à la perte de la nationalité par acquisition volontaire d'une nationalité étrangère, ce qui augmente les cas de double nationalité et peut atteindre injustement les cas où la naturalisation correspond à un changement effectif (1); soit étendre à tous les « étrangers » résidant sur son territoire des obligations qui ne devraient normalement peser que sur les nationaux (2). Dans l'un et l'autre cas, l'Etat répond à un abus par un abus. Celle des deux souverainetés qui l'emporte en pareil cas est celle qui dispose de la personne sur son territoire; dans la plupart des cas, l'application de la loi locale est légitime, mais la loi atteint également, et injustement, des individus qui sont en droit *et en fait* les nationaux d'un Etat étranger. L'exemple permet de mesurer les effets néfastes d'un exercice abusif de sa souveraineté de la part d'un Etat; un tel abus entraîne normalement le retour à la territorialité, qui est la négation du droit international, comme le retour à la force est la négation du droit.

92. Quel que soit le moyen par lequel un Etat réagit (ou se prémunit) contre la violation des lois qu'il édicte par l'application abusive d'une loi étrangère, sa réaction doit normalement mettre fin à la fraude de la part des particuliers. Car si la loi locale est bien la plus compétente, elle dispose des moyens de se faire respecter. On est alors conduit à se demander comment peuvent prospérer certaines fraudes notoires : la raison en est que ces fraudes se sont développées avec l'assentiment de la souveraineté fraudée.

93. 2) *Absence de réaction de la souveraineté fraudée : législation privée d'emprunt.* — Il arrive que dans un Etat donné des particuliers, jugeant la législation trop contraignante sur certain point, prennent l'habitude de recourir à des lois étrangères plus complaisantes, alors même qu'ils ne peuvent disposer de leurs droits (définition de la loi impérative). Or une telle situation ne peut se développer qu'avec l'approbation tacite des autorités locales : les

(1) C'est ainsi que pour lutter contre les fraudes aux obligations militaires, le législateur français a abrogé en 1889 l'art. 17-1^o C. civ. ; *infra*, n^o 318 et s.

(2) Dans certains pays, la conscription frappe non seulement les nationaux mais également les étrangers ayant une résidence permanente ; tel était notamment le cas aux Etats-Unis jusqu'à sa suppression en 1973. Ceci a pu susciter des réactions peu orthodoxes de la part d'Etats désireux de soustraire leurs nationaux à ce traitement. Dans certains pays, il semble que les individus qui se rendaient aux Etats-Unis pour un séjour prolongé furent invités à souscrire pour la forme un engagement d'une durée leur permettant d'échapper à la conscription américaine en vertu des traités en vigueur. Il y aurait là un exemple de violation délibérée par un Etat d'une loi étrangère estimée abusive.

individus ne mettent en œuvre la loi étrangère qu'avec la certitude, ou la quasi-certitude, que les autorités ne réagiront pas devant pareille violation. Cette certitude se fonde sur la pratique qui montre que les autorités ont renoncé à faire respecter leur propre loi. Cela leur serait pourtant possible, puisque par hypothèse la situation soumise à une loi étrangère présente avec le for les liens les plus étroits (faux conflit) ; une réaction d'autorité ferait rapidement disparaître le *forum shopping*, toujours coûteux et devenu inefficace. Pour des raisons qui varient selon les cas, on estime préférable de ne pas faire respecter la loi impérative (1). Lorsque les autorités tolèrent de façon habituelle la violation de la loi par l'application d'une loi étrangère, on aboutit à une *législation d'emprunt*. Cette situation peut être illustrée par deux exemples : le droit du divorce de l'Etat de New York antérieurement à 1966, et la pratique des pavillons de complaisance.

94. a) Le droit du divorce dans l'Etat de New York. Jusqu'en 1966, la loi de l'Etat de New York ne connaissait qu'une seule cause de divorce : l'adultère. Cette législation restrictive était largement en discordance avec les mœurs de la population, ainsi qu'avec la législation plus permissive d'un certain nombre d'Etats-frères. La pratique se répandit alors, bientôt fortifiée par une jurisprudence tolérante, d'aller divorcer sous l'empire de législations sans contraintes, notamment à Ciudad Juarez (Etat de Chihuahua, Mexique). Des officines se chargeaient des formalités auprès du tribunal local ; dans certains cas, il suffisait aux époux de remplir des formulaires. La procédure mexicaine n'exigeait même pas que l'une des parties se présentât devant le tribunal ; seuls les tribunaux de New York, par un scrupule dont la raison échappe, exigeaient pour reconnaître ces divorces que l'une des parties se soit présentée en personne devant le juge étranger. Cette formalité mise à part — elle ne demandait qu'une heure de présence sur le territoire mexicain —, il était permis de dire que la loi de New York sur le divorce était devenue la loi de l'Etat de Chihuahua. Plutôt que d'accorder la loi de New York avec les mœurs, on avait préféré cesser de la faire respecter, en tolérant sa violation par substitution d'une loi étrangère sans compétence.

95. Une telle attitude peut choquer au premier abord un juriste continental ; elle s'explique cependant par la situation particulière des Etats-Unis, où le maintien de cinquante législations de droit privé se justifie difficilement à l'époque moderne. C'est ainsi que

(1) De la même manière en droit interne, il arrive que le juge tolère la violation habituelle de dispositions qu'il estime désuètes ou inappropriées ; v. en droit français, la jurisprudence qui valide les donations déguisées, en violation de l'art. 931 C. civ. (v. MAZEAUD, t. IV, vol. 2, n^{os} 1479 et s.) ou celle qui valide des substitutions prohibées par le biais d'une qualification différente (v. MAZEAUD, *op. cit.*, n^{os} 1433 et s.).

la fraude à la loi de droit « international » (en l'occurrence *interétatique*) est devenue un moyen d'unification du droit généralement ignoré, mais pourtant d'importance primordiale (1); or de la fraude « interétatique » à la fraude internationale, il n'y a qu'un pas à franchir dans la tolérance. En matière de divorce, il est notoire que l'on peut divorcer dans certains Etats américains après un séjour de six semaines, pourvu que l'on affirme vouloir y fixer son domicile. Par une série d'arrêts, la Cour suprême a interprété la clause de *Full Faith and Credit* de la Constitution d'une manière qui rend difficile aux Etats de faire respecter leur propre loi (2). Elle a ainsi obligé l'Etat du domicile de deux époux à reconnaître le divorce obtenu par eux au cours d'un bref séjour dans un Etat-frère (3). Lorsque l'un des époux agit à l'insu de l'autre, elle a réservé la possibilité pour l'Etat du domicile de refuser la reconnaissance du divorce à la demande de l'époux abandonné (4). Mais pratiquement, celui-ci préfère accepter les effets personnels du divorce, tout en conservant les avantages pécuniaires du mariage; ceci donne lieu à la pratique des divorces « divisibles », également consacrée par la Cour suprême fédérale (5). C'est dans ce contexte qu'il convient d'apprécier la pratique des divorces mexicains; les juges de New York, conscients des conséquences que pouvait entraîner la non-reconnaissance d'un divorce mexicain sur la situation de plusieurs milliers de personnes, déclarèrent dans un arrêt remarqué : « ... notre ordre public n'est guère plus affecté par une formalité d'une journée que par une formalité de six semaines (6). On ne manqua cependant pas de souligner le caractère absurde de la situation (7), ainsi que son injustice : car ne profitaient en définitive des facilités de la loi mexicaine (ou du Nevada ...) que les personnes pouvant encourir les frais d'un divorce migratoire (8). C'est pourquoi la loi de New York fut finalement modifiée en 1966. Un fait montre bien que l'on était parvenu à une législation d'emprunt : on craignait un changement d'attitude des tribunaux à l'égard des divorces *out-of-state*; aussi les semaines précédant la mise en vigueur de la loi nouvelle virent-elles un nombre de divorces mexicains sans précédent, de la même manière que si c'était la loi

(1) V. en matière de sociétés, *infra*, II^e Partie, Titre IV.

(2) La clause *Full Faith and Credit* de la Constitution (Art. IV, Section I) dispose que : « Pleine foi et crédit seront accordés, dans chaque Etat, aux actes publics, registres et procédures de tous les autres Etats ».

(3) *Sherrer v. Sherrer* 334 US 343 (1948).

(4) *Williams v. North Carolina* (2^e arrêt) 325 US 226 (1945).

(5) *Estin v. Estin* 334 US 541 (1948).

(6) *Rosenstiel v. Rosenstiel* 16 NY 2d 64, 209 NE 2d 709 (1965).

(7) CURRIE (D.), « Suit-case Divorces », 34 U. of Chi. L.R. 26 (1966).

(8) V. VON MEHREN, « The Validity of Foreign Divorces », 45 *Mass. L. Q.* 23 (1965); l'auteur fait observer que l'exutoire que constituaient les divorces mexicains retirait beaucoup de la pression qui se serait autrement exercée sur la législature pour modifier la loi. Cette observation confirme l'« emprunt de législation » consacré par la jurisprudence.

mexicaine qui allait être rendue plus stricte (1). De cet exemple extrême, il convient également de retenir la difficulté pour les juges d'un Etat *tiers* de se prononcer sur une allégation de fraude à la loi étrangère dans une telle situation (2).

96. *b) Les pavillons de complaisance* (3). La pratique s'est développée, notamment après la seconde guerre mondiale, d'enregistrer les navires dans certains pays accueillants, pour échapper aux lois fiscales et sociales contraignantes de pays économiquement plus développés. Cette pratique fut en particulier celle des armateurs américains ; on estime à 40 % la fraction du tonnage des pays prêtant ainsi leur pavillon qui est en fait propriété américaine. Alors qu'en 1948, 53 % du commerce maritime international américain était assuré par des navires battant pavillon américain, en 1960 ce chiffre était tombé à 12 %. Ce déclin ne traduit nullement une diminution correspondante des investissements, mais le fait que de nombreux navires avaient été transférés à des filiales étrangères de sociétés américaines (ou construits par elles) et enregistrés sous pavillon étranger par l'intermédiaire de ces filiales (4). Une fraction importante du trafic assuré par ces navires se faisant au départ ou à destination de ports américains, il apparaît qu'une telle situation n'avait pu se développer qu'avec l'assentiment tacite du gouvernement des Etats-Unis. Pourtant, l'usage de pavillons de complaisance constitue, entre autres, une fraude aux lois fiscales. Il aurait été facile au gouvernement américain de faire respecter la loi en considérant comme américains des navires dont la propriété « utile et finale » était américaine et qui assuraient l'essentiel de leur trafic entre ports américains ; les protestations diplomatiques qui auraient pu s'ensuivre se seraient heurtées à l'argument tiré du défaut de lien effectif (5). S'il ne le fit pas, c'est parce que l'appli-

(1) La loi devait entrer en vigueur le 1^{er} septembre 1967. Le *New York Times* du 2 septembre rapporte que pendant le mois qui venait de s'écouler, 15 000 divorces furent prononcés ; que les trois juges officiant à Ciudad-Juarez en prononcèrent mille le 31 août, le record du mois étant de 2 748 divorces en deux jours. Ce commerce avait rapporté 1, 2 millions de dollars à l'Etat de Chihuahua. Les juges se bornaient à signer des jugements rédigés à l'avance, les parties présentes s'assurant seulement que c'était bien leur nom qui figurait sur le papier qui leur était remis.

Les autorités mexicaines ayant par la suite mis fin à ce commerce, les Républiques de Haïti et de Saint-Domingue paraissent en avoir recueilli la succession grâce à des lois qui permettent de divorcer tout demandeur en quelques heures (v. *Time Magazine*, 30 août 1971, *The Law*, p. 39).

(2) V. Paris, 18 juin 1964, de Gunzbourg, *infra*, n° 235.

(3) PINTO, « Les pavillons de complaisance », *Clunet*, 1960.345 ; *Rép. Dall. dr. int.*, V° Navire, par R. JAMBU-MERLIN. Les renseignements statistiques figurant dans ce paragraphe sont empruntés à STEINER et VAGTS, p. 863 et s., qui se réfèrent eux-mêmes à BOCZEK, *Flags of Convenience* (1962).

(4) Sur l'identité théorique de la question des « statuts de complaisance » et de celle des « pavillons de complaisance », et sur leur lien pratique, v. *supra*, n° 54.

(5) *Supra*, n° 54.

cation de la loi aurait soumis la flotte nationale à des charges plus lourdes que n'importe quelle autre et que, placée en situation concurrentielle trop défavorable, la flotte américaine aurait été condamnée à une disparition rapide. Des considérations stratégiques rendant indispensable l'existence d'une flotte marchande, on estima qu'il était préférable d'avoir une flotte naviguant sous pavillon étranger que de ne pas avoir de flotte du tout et l'on se préoccupa seulement de pouvoir mobiliser celle-ci en cas de péril national ; ce fut l'objet d'une série d'accords avec les armateurs et les Etats concernés. Ainsi s'explique une pratique qui ne peut manquer de surprendre au premier abord, par laquelle un Etat consent à voir ses lois méconnues et tolère l'abus de souveraineté commis par des Etats étrangers (1).

97. Cependant, la pratique des pavillons de complaisance ne constitue pas seulement une fraude aux lois fiscales ; elle fraude également les lois sociales. Tandis que les syndicats américains ont obtenu une législation protectrice pour les marins travaillant à bord de navires américains, les équipages des navires empruntant un pavillon de complaisance sont soumis à des conditions sensiblement plus sévères, et la concurrence joue au détriment des marins américains. Ce sont du reste les syndicats américains (ainsi que certains gouvernements européens) qui se sont efforcés d'obtenir qu'une convention internationale impose l'exigence d'un lien substantiel entre le navire et l'Etat dont il bat pavillon. Cette lutte a abouti à l'adoption de l'article 5 de la Convention de Genève sur la Haute Mer (2). Mais il ne semble pas que la pratique des pavillons de complaisance en ait été de quelque façon altérée. Ainsi, il est permis de dire que la législation sur le travail maritime aux Etats-Unis est largement une législation d'emprunt : les autorités admettent en effet que les conditions de travail soient fixées d'après la loi du pavillon, et l'on tolère que des bâtiments qui sont rattachés par les liens les plus étroits aux Etats-Unis naviguent sous pavillon étranger. On n'a pas manqué de relever l'injustice qui découle de cet état de fait au détriment des marins américains, comme le montrent certaines tentatives visant à faire respecter la loi.

98. Une loi fédérale américaine sur le travail, le *National Labor Relations Act*, prévoit certaines institutions de protection des travailleurs, et notamment leur droit de représentation (3). A plusieurs

(1) Rappr. JAMBU-MERLIN, *op. cit.*, n° 17 : « Le conflit [posé par les pavillons de complaisance] a jusqu'à présent été plus politique ou économique, que juridique ». Les armateurs, qui bénéficient de la pratique des pavillons de complaisance, font valoir que sans elle, la construction navale n'aurait pas été capable de faire face au « boom » de l'après-guerre (v. PINTO, *op. cit.*, p. 347).

(2) *Supra*, n° 54.

(3) 29 U.S.C. §§ 151 *et seq.* (1964) ; v. les extraits de ce texte reproduits dans STEINER et VAGTS, p. 866.

reprises, on tenta de faire appliquer la loi au bénéfice de marins travaillant sur des navires battant pavillon étranger. Dans un arrêt *Benz v. Compania Naviera Hidalgo, S.A.*, la loi fut déclarée inapplicable à un litige opposant un syndicat américain aux armateurs d'un cargo libérien (1). Dans cette espèce, le navire ne paraissait pas être propriété américaine ; néanmoins, le juge Douglas fit observer dans une opinion dissidente que « le salaire des membres d'équipage est inférieur de deux tiers au salaire des marins américains à bord des navires américains ... Ce navire étranger fait de la concurrence aux navires américains. Les syndicats américains avaient donc un intérêt vital aux conditions de travail et de rémunération des marins employés à bord de ce navire étranger ». Dans un arrêt ultérieur, *McCulloch v. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras*, le litige opposait un syndicat américain à un syndicat de Honduras (2). Dans cette espèce, les navires en question étaient (indirectement) propriété américaine, mais la plupart des marins étaient du Honduras, où ces bâtiments faisaient régulièrement relâche ; une nouvelle fois, la Cour suprême refusa d'appliquer la *National Labor Relations Act*. Le juge Douglas se rangea cette fois à l'avis de la majorité, mais en précisant que c'était par fidélité à la décision de la Cour dans l'arrêt *Benz* et « non sans quelque inquiétude » ; il ajouta : « le résultat pratique de notre décision est de transférer de tous les contribuables aux marins seuls le fardeau principal du financement de la politique de l'exécutif consistant à s'assurer la disponibilité d'une flotte marchande américaine suffisante en cas d'urgence nationale ».

B. — EFFETS DE LA VIOLATION INTERNATIONALE DE LA LOI DANS UN RESSORT TIERS.

99. La validité de droits acquis en application d'une loi donnée et au mépris d'une loi plus compétente peut être discutée dans un ressort tiers. Cette situation est relativement rare (3), mais elle soulève des problèmes complexes qui seront examinés dans leur ensemble avec l'étude de la sanction d'une fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce (4). Il convient ici de se limiter à la recherche des principes de solution tenant à ce que le for est confronté à un conflit entre deux lois étrangères, abstraction faite de ce que l'une d'elles peut avoir été délibérément mise en œuvre

(1) 353 US 138 (1957) ; *Clunet*, 1960.182.

(2) 372 US 10 (1963) ; *Rev. crit.*, 1963.743, note Bonassies.

(3) V. cependant *Civ.*, 8 janv. 1963, *Hohenzollern*, D., 1963.341, note Ph. M. ; *J.C.P.*, 1964.II.13470, note Ph. F. ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1963.529, obs. Desbois ; Paris, 18 juin 1964, *de Gunzbourg*, *Clunet*, 1964.810, note Bredin ; *Rev. crit.*, 1967.340, note Déprez ; rapp., Paris, 19 mars 1965, *Banque Ottomane*, *Clunet*, 1966.118, note Goldman ; *Rev. crit.*, 1967.85, note P. Lagarde.

(4) *Infra*, nos 248 et s.

dans l'intention de frauder l'autre. De ce que ces facteurs sont multiples, on peut déjà inférer qu'il n'existe pas de solution prédéterminée au problème de « la fraude à la loi étrangère » par application d'une loi tierce. En effet, la solution du conflit entre deux lois étrangères ne dépend pas uniquement d'une comparaison objective des titres à s'appliquer des lois en conflit ; elle dépend également du domaine d'application de celles-ci et de leur contenu.

100. Dans un conflit entre deux lois étrangères, l'autorité saisie doit normalement se prononcer en faveur de celle des deux lois qui avait objectivement un titre supérieur à s'appliquer. C'est par exemple ce qu'elle fait en présence d'un conflit entre deux nationalités étrangères (1). Faute d'une autorité supranationale qui ferait respecter la compétence des différents Etats contre les abus dont ils peuvent être victimes de la part d'autres Etats, une autorité nationale doit s'efforcer de faire respecter l'ordre international, sous forme d'une répartition objective des compétences, lorsqu'elle vient à être placée dans la situation d'un arbitre (2). Un principe fondamental de solution se trouve donc dans une comparaison objective des titres respectifs qu'avaient les lois étrangères en conflit, à s'appliquer eu égard à la répartition des rattachements et à la teneur de ces lois.

101. Cependant, pour apprécier la teneur d'une loi étrangère, il faut tenir compte non seulement de sa lettre, mais également du champ d'application qui lui est assigné par le droit international privé. Là où il y a un conflit de lois *stricto sensu*, il n'y a pas nécessairement un conflit de droits. Le conflit de deux lois étrangères peut être un conflit apparent, parce que l'une d'elles paraît renoncer à sa compétence au profit de l'autre. C'est ce que les théoriciens de la règle de conflit appellent un *renvoi au second degré*, et l'on admet couramment qu'il doive être tenu compte de celui-ci, parce que l'application de la loi désignée satisfait les intérêts en présence sans en léser aucun (3). Or on vient de voir de quelle manière, dans certains cas, les autorités d'un Etat donné tolèrent la violation de leur propre loi par un moyen international, substituant ainsi à cette loi une législation d'emprunt (4) ; ce faisant, elles instaurent une sorte de renvoi à la loi étrangère, dont ne peut pas ne pas tenir compte un for tiers, si peu orthodoxe que lui paraisse le procédé. Il y aurait en effet de la part de ce for un certain paradoxe à faire res-

(1) BATIFFOL-LAGARDE, n° 78. C'est la solution donnée par la Convention de La Haye de 1930, art. 5 (*supra*, n° 45).

(2) La Cour internationale de Justice (ou toute autre juridiction internationale) peut remplir cette fonction, mais elle est rarement saisie par les Etats, et les affaires dont elle est appelée à connaître n'intéressent qu'exceptionnellement le droit privé.

(3) DERRUPPÉ, « Plaidoyer pour le renvoi », *Trav. com. fr.*, 1964-66, p. 192.

(4) *Supra*, n° 93 et s.

pecter une loi étrangère qui ne demande pas à l'être (1). Tel est le premier facteur d'importance qui vient corriger le principe de solution donné par la comparaison des titres respectifs des lois étrangères en conflit, et qui peut éventuellement faire résoudre ce conflit en faveur de la loi moins compétente.

102. En second lieu, il n'est pas tout-à-fait exact qu'un for donné confronté à un conflit de lois étrangères se trouve dans la situation d'un arbitre. Un arbitre doit être impartial, et l'on peut dire que jamais un for interne ne peut prétendre à l'impartialité. On a parlé dans cette situation de « for désintéressé » (2). Mais un for n'est jamais désintéressé, sans quoi il ne viendrait pas à connaître de l'espèce en question (3). Il se peut que l'affaire n'affecte pas substantiellement les intérêts visés par la loi du for, de telle sorte que celui-ci accepte de la voir régie par une loi étrangère ; il en est notamment aussi lorsqu'il n'y avait aucun lien entre le for et la situation au moment où celle-ci est née. Mais un for n'est jamais assez désintéressé pour donner un blanc-seing à la loi étrangère la plus compétente. Dans un conflit entre *la loi du for* et une loi étrangère, celle-ci est parfois évincée en raison de son contenu, au nom de l'ordre public. De la même manière dans un conflit entre *deux lois étrangères*, l'une d'entre elles, pourtant plus compétente, peut être écartée au profit de l'autre ; car tandis que celle-ci est conforme aux conceptions du for, celle-là heurte son ordre public. C'est ainsi que si venait à se poser en France la question de la validité du mariage de deux étrangers contracté dans un pays tiers pour échapper à un empêchement racial ou religieux édicté par leur loi nationale, la validité de ce mariage serait certainement reconnue.

103. La prise en considération nécessaire du contenu des lois en conflit par un for tiers emporte encore une conséquence capitale. Lorsque le for saisi n'est pas un for interne mais une juridiction internationale, la solution rendue en faveur de telle loi exprime nécessairement un ordre public international en matière de compétence. Lorsqu'une juridiction internationale se prononce sur une action en responsabilité, elle est amenée à déclarer l'existence d'un droit international matériel, pour juger la validité des actes litigieux. Lorsqu'une telle juridiction se prononce sur une question de compétence entre deux Etats, la solution qu'elle donne exprime ce que devrait être une répartition satisfaisante des compétences. Lorsqu'elle déclare qu'un acte unilatéral pris par un Etat donné est inopposable à un autre Etat, elle exprime nécessairement que le

(1) V. RAAPE, *op. cit.*, p. 134.

(2) L'expression paraît due à Currie (*disinterested forum*) ; v. CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws* (1965).

(3) Ou s'il est réellement désintéressé, il doit se déclarer incompétent.

premier a exercé sa compétence dans des conditions qui heurtent un ordre public véritablement international.

104. Conclusion du Chapitre Premier. — La notion de violation internationale de la loi a ainsi été déterminée ; la loi interne subit une violation internationale du fait de l'application à une situation qu'elle prétend légitimement régir d'une loi étrangère. Cette violation est d'autant plus substantielle que la loi évincée avait un titre à s'appliquer manifestement supérieur à celui de la loi appliquée et en présence d'une violation substantielle, on peut dire que la loi est fraudée. Si de telles violations se répètent, la loi impérative interne deviendra lettre morte, parce que les particuliers désireux de s'y soustraire provoqueront l'application de la loi étrangère. C'est cette mise en œuvre d'une loi sans compétence, avec l'intention d'exercer les droits acquis dans le ressort même de la loi compétente, qui constitue une fraude à la loi de droit international de la part des particuliers.

CHAPITRE II

LA MISE EN ŒUVRE DE LA VIOLATION INTERNATIONALE DE LA LOI

105. La répression d'une fraude du *sujet* passe par la détermination préalable de ce que la *loi* est fraudée. C'est pourquoi on s'est attaché en premier lieu à rechercher dans quel cas une loi interne est fraudée par un moyen international, c'est-à-dire par application d'une loi étrangère. Il convient à présent, se plaçant au point de vue de l'agent, d'analyser ce que peut être son rôle actif dans une violation internationale de la loi. Car c'est seulement dans le cas où il sera permis d'affirmer qu'une telle violation procède d'une *fraus* du sujet que l'on pourra éventuellement fonder sur celle-ci la sanction de la violation de la loi. On a déjà entrevu que la fraude à la loi de droit international va consister de la part du sujet à provoquer, à la faveur d'un faux conflit, l'application de la loi moins compétente et à exercer les droits ainsi acquis ou reconnus (1). Développant cette proposition, on peut, en remontant le cours du temps, distinguer trois stades dans la mise en œuvre par le sujet de la violation internationale de la loi.

106. Le dernier stade est celui où la loi est fraudée, c'est-à-dire qu'elle n'est pas respectée alors que les conditions formelles et matérielles de son application sont réunies. Pour que les conditions de l'application légitime de la loi soient réunies, il faut que la situation se rattache à la souveraineté considérée par ses liens les plus étroits. La détermination de la loi la plus compétente pour gouverner une situation donnée, qui constitue l'objet même du droit international privé, soulève de multiples difficultés. Mais c'est l'avantage d'une étude consacrée à la fraude que de porter sur des cas-limites, c'est-à-dire sur des cas où une loi est manifestement plus compétente qu'une autre (*faux conflits*). Si deux lois peuvent légitimement s'appliquer (*vrai conflit*), l'éviction de l'une par l'application de l'autre n'en constitue pas une fraude ; corrélativement, la qualification de fraude

(1) *Supra*, n° 34.

donnée à l'acte par lequel le sujet provoque l'application de la loi qui lui est plus favorable doit être écartée. Il n'y a véritablement fraude de sa part que lorsqu'il exerce *dans le ressort même de la loi évincée* des droits acquis ou reconnus dans le ressort d'une loi moins compétente à la faveur d'un faux conflit. A cet égard, on peut observer que pour que le sujet parvienne à un tel résultat, il faut pratiquement que l'exercice du droit irrégulièrement acquis ne se heurte pas à la contestation d'autrui ; ceci est une indication de ce que les questions purement patrimoniales, dans lesquelles l'antagonisme d'intérêts est la règle, ne constituent pas un terrain favorable pour la fraude à la loi de droit international.

107. Le résultat par lequel une loi est inappliquée alors que sont réunies ses conditions d'application a pu être atteint par le sujet de différentes manières. Les moyens frauduleux sont multiples : le mensonge, la simulation, la dissimulation... La caractéristique de la fraude de droit international est qu'elle s'opère par l'interposition d'une loi étrangère. Et pour que l'intervention de la loi étrangère prête à la manœuvre du sujet l'apparence de régularité caractéristique d'une fraude à la loi, il faut qu'elle ait été concrétisée par l'intervention d'une autorité publique ; par cette intervention, l'autorité publique étrangère confère le titre dont se réclame le sujet. Le second stade de la fraude est donc celui par lequel le sujet s'adresse à une autorité publique étrangère pour provoquer l'application de la loi incompétente (1).

108. Pour que la loi appliquée puisse être déclarée incompétente, il faut qu'elle l'ait été sans titre légitime, par un abus. Tel est le cas lorsque le conflit qui a permis son application est un faux conflit. Et, puisque l'on s'intéresse ici à la fraude à la loi du point de vue de l'agent, le premier stade de cette fraude consiste normalement de sa part à créer le faux conflit pour provoquer l'application de la loi incompétente, mais plus à sa convenance. Dans certains cas, cepen-

(1) Pour la commodité de l'exposé, on considérera toujours dans la suite des développements, que cette loi est celle de l'autorité saisie. Cette hypothèse se justifie parce qu'elle est de beaucoup la plus fréquente, mais elle n'est pas la seule concevable.

On peut envisager en premier lieu que le demandeur saisisse une autorité publique étrangère, le plus souvent un tribunal, dont il sait que le règlement de conflit donne compétence à la loi *tierce* qu'il désire voir appliquer (rapp. l'hypothèse complexe envisagée par H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 363 et dont l'auteur reconnaît qu'elle est plus théorique que pratique ; sur la légitimité de l'application de la règle de conflit du for, v. *supra*, n° 77).

On peut également envisager que l'autorité saisie donne de la loi *compétente* et qu'elle reconnaisse telle une interprétation erronée (v. l'espèce *Fauntleroy v. Lum*, *infra*, n° 134). Dans ce cas, tout se passe comme si le for avait appliqué sa propre loi ou une loi *tierce* incompétente (sur les risques qu'implique l'« application » d'une loi étrangère, *supra*, n°s 58 et s.).

Les deux variantes possibles de l'hypothèse de principe se ramènent donc à celle-ci, qu'il suffit d'envisager.

dant, le rôle de l'agent dans la mise en œuvre d'une loi incompétente est plus restreint. Le conflit est né spontanément et, s'avisant de son existence, l'agent s'efforce d'en tirer parti ; il le fait notamment en saisissant un juge étranger pour provoquer l'application de la loi du for. Dans les deux cas, la caractéristique de la première phase est qu'elle se termine par une situation de faux conflit ; le plus souvent, elle était à l'origine une situation sans conflit.

109. Cette analyse à rebours permet donc d'identifier trois stades dans la mise en œuvre de la violation internationale de la loi par le sujet, c'est-à-dire dans la fraude à la loi de droit international envisagée du point de vue de l'agent. Le premier stade est caractérisé par la création ou la découverte d'un faux conflit. Le second stade est caractérisé par l'application de la loi moins compétente, que l'on appellera la loi « étrangère » en se plaçant du point de vue de la loi évincée. Dans un troisième stade, l'agent exerce, ou tente d'exercer, les droits qu'il tient de la loi étrangère. S'il tente d'exercer ces droits dans le ressort même de la loi évincée, on peut repousser sa prétention en se fondant sur la fraude qu'il a commise. S'il parvient à y exercer ces droits, la fraude de l'agent est consommée. S'il ne cherche pas à se prévaloir de ces droits dans le ressort de la loi évincée mais les exerce dans un autre ressort, la qualification de fraude prête à discussion, comme le montrera l'analyse du troisième stade de la fraude.

SECTION I

LA CRÉATION OU L'UTILISATION D'UN FAUX CONFLIT

110. La caractéristique de la première phase de la fraude est que la situation considérée est à l'origine incontestablement régie par une loi interne donnée, ou bien qu'elle est « fixée » parce que les lois en conflit ne diffèrent pas sur le fond, tandis qu'à la fin elle est une situation de conflit réel. Entretemps, le sujet a créé un conflit, ou tente de tirer profit d'un conflit spontanément créé, pour faire modifier la situation juridique. On envisagera donc successivement l'absence de conflit, puis la naissance du conflit.

A. — L'ABSENCE DE CONFLIT.

111. L'absence de conflit évoque au premier chef la notion de situation interne. Il convient cependant de n'employer l'expression de situation « interne » qu'après une mise en garde contre ce qu'elle

peut avoir de trompeur, car cette notion est difficilement réductible à la définition. D'autre part, l'absence de conflit ne caractérise pas seulement les situations « internes » : il existe des situations internationales que l'on peut dire sans conflit, parce que l'application de l'une ou l'autre des lois en présence conduit à un résultat identique.

112. 1) *Notion de situation interne.* — Il est courant de parler de situation interne en droit international privé ; c'est là où cesse la situation interne que le régime du droit international privé entre en jeu. Mais il est malaisé de définir ce qu'est une situation interne. Selon la définition courante, c'est une situation qui ne présente de rattachement qu'avec un seul système juridique (1). Cependant, il faut observer que si l'on va suffisamment loin dans la prise en considération des rattachements que présente une situation donnée, on parviendra fréquemment à identifier un rattachement étranger(2). On peut dire que toute situation interne est en quelque sorte une situation internationale qui s'ignore. Par là, on est amené à préciser que la situation interne est celle dont tous les éléments *significatifs* sont rattachés à un même système juridique. Mais cette précision déplace la difficulté ; elle n'y met pas fin. Ainsi l'on s'accorde pour dire que les éléments significatifs d'un contrat sont les parties, l'objet, le lieu de conclusion et le lieu d'exécution. Pourtant le fait que l'un de ces éléments est rattaché à un système étranger ne place pas nécessairement le contrat sous le régime du droit international privé. Tel paraît être le sens à donner à un jugement du tribunal de la Seine du 7 juin 1956 (3). Il s'agissait en l'espèce d'un contrat entre producteurs et artistes, qui contenait une clause d'arbitrage. L'une des parties demandait que cette clause fût déclarée nulle, au motif qu'il ne s'agissait pas d'un contrat commercial, et elle obtint gain de cause. Or deux des contractants étaient de nationalité étrangère et le jugement relève que le contrat était susceptible d'exécution dans divers pays. On peut donc, d'après la définition la plus précise, dire qu'il ne s'agissait pas d'un contrat interne, mais d'un contrat international. Telle est l'opinion de l'éminent commentateur. Celui-ci relève que le tribunal n'a pas affirmé que le contrat était purement interne ; il estime que la nationalité étrangère de deux des parties doit suffire à donner au contrat un caractère international et il ajoute : « En dehors du cas de fraude, l'existence d'un seul rattachement à un système juridique étranger

(1) V. MAURY, *Règles générales*, n° 43 ; FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, 1958, n° 7.

(2) V. *infra*, n°s 214 et s. l'analyse de l'arrêt de la Chambre civile du 19 février 1930 sur la notion de contrat international, montrant comment on a pu qualifier de contrat international un contrat dans lequel les juges du fond avaient pourtant vu un contrat interne, en prenant en considération des rattachements plus lointains.

(3) *Rev. crit.*, 1956.683, note signée H. B.

justifie... la possibilité de l'application d'une loi étrangère». On peut alors se demander pourquoi les juges ont écarté aussi légèrement la conséquence la plus immédiate du caractère international du contrat, à savoir la possibilité de l'affranchir de la loi du for (en l'occurrence de l'interdiction de la clause compromissoire en matière civile). La réponse paraît simple, mais elle est difficilement réductible à une définition précise : on sent bien qu'il s'agissait d'une « affaire française » (1) et que l'extranéité de certaines des parties avait un caractère purement accidentel eu égard à l'objet du contrat (il semble du reste que l'un au moins des deux étrangers avait perdu tout contact avec son pays d'origine, tout en ayant conservé la nationalité). Cet exemple illustre donc la difficulté de définir la situation internationale par rapport à la situation interne, difficulté particulièrement gênante si la distinction est le fondement d'une différence de régime notable.

113. La relativité de la notion de situation internationale peut encore être illustrée par un second exemple. Lorsqu'un étranger loue en France un appartement soumis à la loi du 1^{er} septembre 1948, il ne vient pas sérieusement à l'idée de soutenir que les parties pourraient stipuler l'application d'une loi étrangère ; pourtant il s'agit d'un contrat « international » et la loi française ne s'applique pas au titre du statut réel. Commentant une affaire relative à un échange d'appartements situés l'un en France l'autre en Algérie, un auteur écrit : « Par un accord tacite universel, personne n'a douté qu'il était impossible d'échapper aux lois sur les loyers en prétextant que le contrat de bail était soumis, par la volonté des parties, à une loi étrangère. Il est clair que ce domaine échappe à la loi d'autonomie » (2). Cet exemple, comme celui qui précède, montre que la distinction de la situation interne et de la situation internationale, sur laquelle repose la définition traditionnelle du droit international privé, ne doit pas abuser par sa simplicité ; ces expressions sont commodes, mais il faut garder à l'esprit la relativité de la distinction. Celle-ci est liée au procédé de réglementation des relations privées internationales par la règle de conflit ; en présence d'une situation « internationale », on applique la loi interne jugée plus compétente de façon médiate, par le relais d'une règle de conflit. Si l'on écarte ce procédé pour celui qui consiste à rechercher dans chaque espèce si telle loi de fond doit s'appliquer à la situation considérée (méthode « statutaire »), on est amené à dire qu'il n'existe pas de situation interne ; il n'y a que des situations impérativement soumises à la loi du for (ou à telle loi étrangère) ; il n'y a pas de situation internationale : il n'y a que des situations qui peuvent échapper à la loi du for (3).

(1) C'est-à-dire qu'elle était manifestement localisée en France ; v. BATIFFOL-LAGARDE, n° 572.

(2) BATIFFOL, note sous Soc., 16 janv. 1953, *Rev. crit.*, 1953.581.

(3) *Infra*, Chap. III, Section préliminaire, (n°s 148 et s.).

114. 2) *Situation internationale sans conflit.* — Il existe une seconde raison pour parler d'absence de conflit, plutôt que de situation interne, lors du premier stade de la fraude à la loi de droit international. Une telle fraude ne consiste pas seulement à internationaliser une situation interne. Il y a des situations incontestablement internationales qui ne présentent pas de conflit, parce que l'application de l'une ou l'autre des lois en présence conduit à un résultat identique ; la situation est en quelque sorte « fixée ». Soit par exemple, avant qu'une loi de 1970 ait introduit le divorce en Italie, le cas d'une Anglaise mariée à un Italien, les époux vivant à Rome. La femme ne pouvait demander le divorce ni selon la loi italienne, qui ne le connaissait pas, ni selon la loi anglaise, parce que dans le système anglais, le divorce est une institution judiciaire, relevant en principe de la compétence des tribunaux du domicile du mari (1). La situation était donc fixée, bien qu'incontestablement internationale, parce que quelle que soit la loi dont la femme invoquait le bénéfice, elle ne pouvait se libérer des liens du mariage. Pourtant, dans cet exemple, les lois de fond différaient radicalement. Il en serait donc *a fortiori* de même si les lois de fond étaient identiques : ainsi dans l'exemple choisi si la femme était non pas anglaise mais espagnole (2).

B. — LA NAISSANCE DU CONFLIT.

115. Dans la plupart des cas de fraude, un conflit est délibérément créé par le sujet pour entraîner l'application d'une loi nouvelle. Dans certains cas cependant, le conflit est né hors de la volonté du sujet, ou a été créé par celui-ci dans l'ignorance de la possibilité de fraude ouverte par ce conflit ; mais s'avisant de son existence, il va tenter de modifier sa situation juridique par l'application de la loi moins compétente. Il peut donc y avoir création d'un faux conflit par le sujet ou utilisation par lui d'un tel conflit.

116. 1) *Création d'un conflit.* — Le premier acte constitutif d'une fraude consiste en général de la part du sujet à créer un conflit de lois là où il n'y en avait pas et là où il ne devrait pas y en avoir. Si l'on admet la notion de situation interne, la fraude consiste à introduire dans cette situation un élément étranger pour en faire une situation internationale. Par exemple, un époux se rend à l'étranger, où il sollicite et obtient la nationalité locale, dans la vue de modifier son état (3) ; les parties à un contrat stipulent le paiement

(1) V. CHESHIRE-NORTH, p. 345 et s.

(2) Dans ce cas, on est en présence d'un *faux conflit* du premier type identifié dans l'analyse de la violation internationale de la loi ; *supra*, n° 21.

(3) Dans certains cas, il semble qu'un individu a pu changer de nationalité sans avoir à se déplacer ; v. Trib. civ. Seine, 31 janv. 1877 et Paris, 30 juin 1877, Vidal, D., 1878.2.6 ; S., 1879.2.205.

sur une place étrangère, ou se transportent à l'étranger pour le conclure (1), ou plus simplement le datent d'une place étrangère pour désigner la loi étrangère comme applicable au contrat (2). Si la situation était à l'origine une situation internationale, mais sans conflit, le sujet introduit un élément d'extranéité nouveau, susceptible de modifier les données du conflit; dans l'exemple évoqué plus haut, la femme anglaise mariée à un Italien se transporte par exemple à Paris, où elle affirme vouloir fixer son domicile et où elle demande le divorce (3).

117. A supposer que dans tous ces cas le conflit ait été volontairement créé *dans le but* de bénéficier d'une législation plus favorable, il est important de noter que la création du conflit ne constitue pas à elle seule une fraude à la loi. Il n'y a rien de répréhensible *en soi* à internationaliser une situation pour bénéficier d'une législation plus favorable. S'agissant en premier lieu d'actes juridiques à but patrimonial, il n'y a par exemple rien de répréhensible à constituer une société dans tel pays plutôt que dans tel autre, si la société doit exercer une activité significative dans le pays où elle est constituée. S'agissant en second lieu des personnes, il est bon que chacun soit libre de s'affranchir des lois de son milieu si celles-ci lui sont intolérables; cela est vrai des lois de droit privé comme des lois de droit public. Par conséquent, si l'internationalisation de la situation est effective, si par exemple le naturalisé s'installe dans sa nouvelle patrie, c'est à tort que l'on parlerait d'une fraude à la loi de sa part. Il se peut que le changement de nationalité *et d'établissement* n'ait été motivé, par exemple, que par le désir de répudier un conjoint qui pouvait compter sur un mariage indissoluble; dans ce cas, on peut discuter le comportement du sujet d'un point de vue éthique et estimer que des tribunaux ne devraient pas prononcer un divorce au mépris de la loi sous l'empire de laquelle le mariage a été contracté; mais il s'agit là d'une autre question. Ce qu'il importe ici de souligner, c'est que l'internationalisation d'une situation, la création d'un conflit, même opérées dans le but de se soustraire

(1) C'est l'exemple classique tiré de BOULLENOIS (*Personnalité et réalité des lois*, t. II, p. 472) et cité par BATIFFOL, *Mél. Maury*, t. I, p. 55, n° 28.

(2) Il va de soi que l'on ne saurait faire un sort différent à la manœuvre qui consiste à se déplacer pour signer un contrat et à celle consistant à le dater faussement d'une place étrangère. Pourtant, les auteurs qui s'attachent à distinguer la fraude de la simulation (v. par ex. NEUHAUS, *op. cit.*, p. 128) voient une fraude dans le premier cas (parce que le moyen est réel), une simulation dans le second (sur la distinction en général, v. VIDAL, *op. cit.*, p. 183 et s.). Cette distinction se comprend et elle peut entraîner une différence technique dans le mode de sanction: l'exception de fraude dans le premier cas (on respecte la qualification de contrat international et la règle de la loi d'autonomie, sauf à paralyser le jeu de celle-ci par l'exception de fraude), l'exception de simulation dans le second (on se contente de constater qu'il s'agit d'un contrat interne). Mais la distinction n'entraîne aucune différence quant à la sanction, qui doit être le refus d'effet à la volonté exprimée.

(3) *Supra*, n° 114.

à l'application d'une loi donnée, ne constituent pas, sans autre circonstance, une fraude susceptible de fonder légitimement une sanction. Car si l'internationalisation de la situation est effective, le conflit créé est un *vrai conflit*. Ce type de conflit ne pose qu'un problème de moindre mal : quelle que soit la loi appliquée, l'autre loi est violée ; mais il ne s'agit pas d'une violation substantielle (1). L'internationalisation d'une situation sans conflit ne constitue donc pas à elle seule un acte de fraude. S'agissant d'un acte juridique dont les effets sont épuisés en un trait de temps, il est relativement facile de dire si l'on est en présence d'un vrai conflit ou d'un faux conflit, ce qui constitue un obstacle à la mise en œuvre par le sujet d'une loi incompétente. S'agissant de modifier l'état d'une personne, on est obligé, pour se prononcer, de poser une présomption concernant l'évolution ultérieure du conflit ; dans la mesure où cette présomption fait intervenir une déclaration d'intention du sujet, on perçoit les possibilités de fraude.

118. 2) *Exploitation d'un conflit spontanément créé.* — Le sujet peut commettre une fraude à la loi de droit international sans avoir à créer un conflit. Celui-ci est né au hasard des circonstances et s'avisant un jour de son existence, le sujet va tenter d'en tirer parti (2). Ainsi tente de tirer parti d'un conflit qu'il n'a pas créé le marin danois blessé sur un navire danois dans un port cubain, qui saisit les tribunaux américains à la faveur d'une escale du bâtiment aux Etats-Unis et réclame le bénéfice de la loi américaine sur les accidents du travail maritime (3). En accédant à cette demande (et dans la mesure où la décision aurait pu être exécutée), les juges auraient consacré une fraude à la loi de droit international, celle qui est connue sous le nom de *forum shopping*, et ils auraient encouragé tous les marins accidentés dont le bateau viendrait à faire escale aux Etats-Unis à saisir les tribunaux locaux. En pareil cas, le conflit n'est pas une création du sujet ; le rôle actif de celui-ci se borne à la saisine d'un tribunal en invoquant l'application de la loi locale, dont le titre à régir la situation est faible, pour ne pas dire nul.

119. Sachant cependant qu'une fraude à la loi n'est en général rendue possible que grâce à un abus de souveraineté, il y a lieu de « ventiler » selon les cas la responsabilité de l'agent et celle de l'autorité publique. Dans certains domaines, celle de l'autorité publique passe au premier plan, parce que celle-ci dispose des éléments suffisants pour apprécier les titres respectifs des lois en conflit à s'appli-

(1) *Supra*, n° 32.

(2) Rappr. ce qui est dit *supra*, n°s 112 et s., sur la notion de situation interne ou internationale. Le sujet peut s'aviser d'un lien secondaire entre la situation considérée, apparemment une situation interne, et un ordre juridique étranger ; il peut alors invoquer l'application de la loi étrangère.

(3) *Lauritzen v. Larsen* 345 US 571 (1953).

quer (1). Plus précisément il en est ainsi en matière purement patrimoniale (contrats, délits, biens) parce qu'il s'agit de se prononcer sur une situation dont les effets sont épuisés (2). Inversement, en matière d'état des personnes, le doute est permis parce que la nature du conflit peut évoluer et que, quelque soit le rattachement retenu pour appliquer la loi du for, l'autorité publique est dans une certaine mesure contrainte de prendre en considération une déclaration de volonté (pratiquement, relative à l'*animus manendi* dans le ressort de la loi locale), qui peut être mensongère (3). La responsabilité du sujet passe alors au premier plan et il est plus légitime de parler de fraude de sa part.

120. Par conséquent la fraude à la loi de droit international ne consiste pas seulement de la part du sujet à créer un faux conflit ; elle consiste parfois à exploiter un conflit spontanément créé. La première forme est cependant la plus courante. En créant de toutes pièces un faux conflit, le fraudeur prend soin de faire intervenir une loi qu'il sait complaisante. Le conflit « spontané » ne permet que rarement la fraude : il faut être sûr que la loi du for saisi accepte de s'appliquer, il faut qu'elle offre ce que le fraudeur recherche et, en matière purement patrimoniale, il faut pratiquement que le demandeur puisse faire exécuter la décision dans le ressort de la loi appliquée. Inversement, rares sont les personnes qui se sont rendues dans le Nevada pour la douceur de son climat, et se sont avisées sur place que les tribunaux locaux offraient des facilités particulières en matière de mariage et de divorce (4) ; rares sont les capitalistes qui se sont installés dans le Delaware pour les perspectives économiques qu'offre cet Etat, et se sont trouvés bénéficier d'une législation sur les sociétés particulièrement favorable (5). La création volontaire d'un faux conflit est généralement le premier pas de la fraude à la loi de droit international.

(1) Il arrive même qu'elle s'offre ouvertement pour se prêter à la fraude ; v. l'exemple du *Seaman's Act*, *supra*, n° 80.

(2) Envisageant l'hypothèse de la saisie conservatoire, un auteur voit une fraude dans la saisie pratiquée « dans l'unique dessein de prêter un fondement à la compétence internationale » du pays où les biens sont situés (FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *Recueil des cours*, 1961.III, p. 195). Mais il ajoute que « (l)e créancier est libre de chercher partout les biens de son débiteur et de choisir à son gré ceux qu'il entend saisir ; rien ne l'oblige à préférer les biens situés dans le pays compétent pour trancher le fond du litige » (*loc. cit.*). Ceci paraît bien renvoyer à la responsabilité de l'Etat qui apprécierait la validité de la créance au nom d'une loi incompétente (v. *supra*, n° 68). Il est difficile, même si cela est parfois tentant, de taxer de fraude un demandeur qui ne cherche qu'à se prévaloir de ce que la loi lui offre ou paraît prête à lui offrir.

(3) V. *supra*, n° 36.

(4) En 1950, aux Etats-Unis, les taux de mariage et de divorce étaient respectivement de 11 ‰ et de 2,6 ‰ ; au Nevada, les chiffres correspondants étaient de 311 ‰ et de 56 ‰ (d'après le *Statiscal Abstract of the United States*).

(5) Le Delaware est l'avant-dernier Etat des Etats-Unis par la superficie ; le tiers des six cents sociétés américaines les plus importantes y sont « incorporées ».

SECTION II

L'INTERVENTION DE L'AUTORITÉ PUBLIQUE
ÉTRANGÈRE

121. On a dit que l'intervention d'une loi étrangère suffit à conférer à la situation la plus irrégulière une apparence de validité (1). Il convient de compléter cette affirmation en montrant qu'il n'en est ainsi qu'autant qu'une autorité publique est intervenue dans la mise en œuvre de la loi étrangère, de façon à conférer à un individu un *titre* dont il va chercher à se prévaloir dans l'ordre international. Après avoir démontré la nécessité d'une telle intervention, on cherchera à en préciser la portée.

A. — NÉCESSITÉ DE CETTE INTERVENTION.

122. Si l'intervention d'une loi étrangère dans une situation relevant de la loi du for n'avait pour support que la volonté des individus, son effet propre serait nul ; en revanche, la plus petite intervention d'une autorité publique étrangère suffit à lui conférer une apparence de validité. La matière des contrats illustre la première proposition. Les parties qu'une loi impérative gêne dans leurs prévisions peuvent internationaliser artificiellement l'opération et la déclarer régie par une loi étrangère ; par exemple, tandis que la disposition impérative a trait à l'exécution du contrat, elles concluent celui-ci sur une place étrangère dont elles déclarent expressément la loi applicable à leurs conventions. Mais si cette manœuvre est suivie d'une exécution spontanée de ses obligations par le débiteur, rien ne distingue cette fraude d'une fraude de droit interne (2). Pour que la fraude soit de droit international, il faudrait que le créancier obtienne l'exécution forcée dans le ressort de la loi évincée, après que la loi désignée ait été reconnue compétente (3).

123. Pour illustrer la seconde proposition, on peut imaginer que deux époux français mariés selon la loi française décident de sou-

(1) *Supra*, n° 6.

(2) *Supra*, n° 15.

(3) Cela est pratiquement impossible, nonobstant la règle couramment énoncée selon laquelle la loi applicable au contrat international est la loi désignée par les parties. On verra en effet que cette règle *ne peut* exprimer le droit positif ; elle doit nécessairement être assortie de la réserve de la fraude, ou (ce qui revient au même) de ce que le contrat soit *réellement* international ; ceci pourvoit donc aux hypothèses du type envisagé (*infra*, n°s 166 et s. et II^e Partie, n°s 476 et s.

mettre leur mariage à une loi qui admet le divorce par consentement mutuel et de mettre aussitôt fin à leur union ; puis que l'un d'eux se présente devant un officier de l'état civil français pour faire transcrire ce divorce et contracter un nouveau mariage. Il est certain qu'il se heurtera à un refus, à tel point que l'exemple peut paraître manquer de vraisemblance. Il suffit pourtant de varier imperceptiblement l'hypothèse pour que la solution ne s'impose plus avec la même évidence : que le même individu présente la copie d'un jugement de divorce émanant de tel pays où ces jugements sont dans le commerce, et il est possible qu'il parvienne à ses fins. Les données du problème sont radicalement modifiées par l'intervention d'une autorité publique étrangère, fût-elle totalement incompétente. De la même manière, l'adultère du mari, sans autre circonstance, n'est pas réprimé pénalement ; mais que le même homme contracte à l'étranger un second mariage, pourtant sans effet au regard de la loi civile française, et le voilà sans doute coupable de bigamie (1) ; ce que la loi pénale entend réprimer dans ce cas particulier d'adultère qu'est au fond la bigamie, c'est le danger social particulier tenant à l'apparence de légitimité de la situation (2). Dans un autre domaine, les discussions portant sur le critère de la « nationalité » d'une société omettent en général le fait pourtant capital qu'une société a *prima facie* la nationalité du pays où elle a été constituée (3). Le recours aux critères du siège réel ou du contrôle ne sont jamais que des correctifs destinés à écarter le cas échéant les effets d'un titre conféré par une autorité publique étrangère. Il est donc permis de conclure que l'intervention d'une autorité publique étrangère est indispensable à la réalisation d'une fraude à la loi de droit international.

B. — PORTÉE DE CETTE INTERVENTION.

124. L'intervention de l'autorité publique étrangère va provoquer l'hésitation des autorités de l'Etat requis à sanctionner la violation internationale de la loi. Mais sa portée n'est pas la même dans tous les cas ; elle est fonction d'une part, des circonstances entourant l'attribution du titre dans l'Etat d'origine, d'autre part de l'implication des intérêts de l'Etat requis dans la reconnaissance.

(1) V. *Rép. Dall. dr. int.*, V^o *Bigamie*, par G. LEVASSEUR et A. DECOCQ, n^{os} 1 et s.

(2) En droit interne, de même, s'il est parfois nécessaire de prononcer la « nullité » d'un « mariage » célébré par une personne n'ayant pas la qualité d'officier de l'état civil, alors qu'à proprement parler un tel mariage est inexistant, c'est parce qu'il faut détruire l'apparence de validité tenant à une célébration quelconque, dès lors que quelqu'un s'en prévaut.

(3) Rapp. *Rép. Dall. dr. int.*, V^o *Fraude à la loi*, par Ph. FRANCESCakis, n^o 80. V. la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 sur la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, art. 1.

125. 1) *Les circonstances de l'attribution du titre.* — Pour mesurer la portée du titre conféré par l'Etat d'origine, on peut distinguer en premier lieu selon l'organe dont il émane : législatif, exécutif ou judiciaire. A cet égard, l'organe législatif ne confère que rarement des droits individuels (1), et en ce qui concerne les deux autres, c'est surtout l'intervention d'un juge qui confère à un droit irrégulièrement acquis une forte apparence de validité. En droit interne, on a pu observer qu'il n'y avait pas de meilleur instrument de fraude qu'un jugement, en raison de l'autorité qui s'attache à cet acte (2). L'observation est encore valable dans l'ordre international, même si en aucun pays les jugements étrangers ne bénéficient directement de l'autorité de chose jugée ; un jugement constitue en effet un titre que l'on hésitera à méconnaître et même, dans certaines matières, les jugements étrangers ont autorité de plein droit : il en est notamment ainsi en France des jugements rendus en matière d'état (3). Que l'intervention de l'autorité judiciaire traduise le plus souvent un contentieux, et par conséquent un débat contradictoire, explique sans doute l'autorité *de fait* particulière de ses décisions.

126. Cette observation conduit à délaisser le critère formel de la nature de l'autorité étrangère, pour distinguer selon les rôles respectifs de l'autorité étrangère et des volontés individuelles dans la constitution du titre. Une distinction significative sépare en effet les cas où les intérêts privés en jeu convergeaient ou divergeaient. Dans le second cas, qui est la règle en matière patrimoniale, on peut penser qu'une partie adverse, à condition d'être présente, aura attiré l'attention de l'autorité publique sur la compétence concurrente et peut-être supérieure de la loi évincée. Dans le premier cas, qui est le plus fréquent en matière d'état (naturalisation, acquisition de domicile, mariage, divorce d'accord ou rendu par défaut, création d'un être moral), la portée de l'intervention de l'autorité publique est moindre. On ne peut attendre en effet de celle-ci qu'elle joue un rôle *inquisitoire* pour s'assurer que son intervention ne réalise pas une fraude à une loi étrangère plus compétente : par exemple que la société dont on demande l'immatriculation n'est pas constituée

(1) Certains pays connaissent cependant, ou ont connu, le divorce législatif, voire la faillite législative ; certaines personnes morales de droit privé sont d'autre part une création du législateur, qui leur confère une charte. Rapp. FRANCESCOAKIS, *Rev. crit.*, 1969.603 (n° 5).

(2) DEVÈZE, *La règle « Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements »*, thèse, Toulouse, 1938, p. 50 (cité par VIDAL, *op. cit.*, p. 152). V. un exemple de tentative de fraude au moyen d'un jugement étranger, Paris, 10 juin 1972, préc.

(3) V. Civ., 28 févr. 1860, D., 1860.1.57, S., 1860.1.210 ; Req., 3 mars 1930, S., 1930.1.377, note Niboyet, *Clunet*, 1930.981. A vrai dire, cette dernière règle s'explique sans doute moins par l'origine judiciaire du titre que par la difficulté de méconnaître les situations acquises en matière d'état des personnes. Sur les effets des jugements étrangers en France indépendamment de l'exequatur, v. BATIFFOL-LAGARDE, n°s 738 et s. et RIAD (F.), *La valeur internationale des jugements en droit comparé*, Paris, 1955 (notamment, p. 167 à 174).

sous l'empire de la loi locale pour échapper aux lois plus contraignantes d'un pays étranger où elle va exercer son activité principale (1). De telles investigations étant nécessairement onéreuses, on conçoit qu'une autorité nationale ne s'y livre habituellement pas au profit d'une souveraineté étrangère (2). La portée du titre conféré par l'autorité publique étrangère est donc étroitement fonction de ce qu'un intérêt privé antagoniste a pu ou non se manifester lors de sa constitution.

127. 2) *L'intérêt de l'Etat requis à l'application de sa loi.* — Si la constitution du titre ne s'est heurtée à l'étranger à aucun intérêt privé antagoniste, il est possible qu'il en soit de même dans le ressort de la loi évincée. Dans ce cas, la possibilité de fraude ne dépend plus que de l'intérêt que peut avoir l'autorité publique, représentant les intérêts de la collectivité, à l'application de la loi. En d'autres termes, la portée du titre conféré par l'autorité étrangère dépendra de ce que celui-ci sera invoqué dans une matière touchant au droit public ou au droit privé. L'exemple du domicile des personnes physiques permet d'illustrer cette proposition.

128. Le domicile est un rattachement important dans l'ordre international. En droit privé, il détermine la loi applicable au statut personnel dans un grand nombre de systèmes (3); et dans un pays comme la France, où le statut personnel est en principe soumis à la loi nationale, le domicile est appelé à jouer un certain rôle (4). En droit public, le domicile définit en général la qualité de contribuable à l'égard d'un Etat (5). L'intérêt de l'Etat étant par définition moindre à l'application sans faille du statut de droit privé qu'il édicte, la reconnaissance des effets d'un « domicile » étranger ne soulèvera guère de difficulté en l'absence d'un intérêt privé antagoniste; par exemple, on admettra assez facilement la transcription d'un jugement étranger de divorce, quand bien même l'établissement qui fondait la compétence étrangère était éphémère (6). En matière fiscale, en revanche, le fait que telle souveraineté étrangère recon-

(1) Ceci supposerait en premier lieu que l'autorité publique ait un certain pouvoir discrétionnaire et non compétence liée. Ainsi, il ne paraît pas que l'inscription au Registre du commerce français pourrait être refusée pour le motif de fraude à une loi étrangère (*infra*, n° 530).

(2) En revanche, il se peut qu'elle tire un profit matériel d'un abus de compétence délibéré; par exemple en immatriculant des navires ou des sociétés qui ne lui sont rattachés par aucun lien substantiel (v. *infra*, n° 530).

(3) V. RABEL, t. 1, p. 117 et s.

(4) V. *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Domicile*, par Ph. MALAURIE, n° 5.

(5) V. *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Impôts*, par J. H. ROTHSTEIN.

(6) V. Trib. gr. inst. Seine, 24 nov. 1965, *Clunet*, 1966.366, obs. Kahn, ordonnant la transcription sur les registres de l'état civil du jugement de divorce prononcé à Reno (Nevada) à la demande d'une Française contre son mari Américain après, semble-t-il, qu'aient été opérées les vérifications de l'exequatur (v. KAHN, *op. cit.*, p. 369).

naïsse un individu comme « domicilié » sur son territoire n'aura pour l'Etat requis, hors le cas d'obligation conventionnelle, qu'une faible portée (1). La loi de droit public aura même en général pris soin de définir les cas dans lesquels elle s'applique, d'une façon qui ne laisse aucune place à la prise en considération d'une quelconque « admission à domicile » formelle dans un pays étranger (2). C'est ainsi qu'en France, pour l'application de l'I.R.P.P., si la loi ne définit pas le « domicile fiscal », elle vise au moyen de la « résidence habituelle » toutes les personnes qui entretiennent avec la France le rattachement matériel le plus étroit (art. 4, § 1^o C.G.I.) (3) et que d'autres dispositions se réfèrent au « domicile réel », au « centre des intérêts » ou à la résidence habituelle depuis plus de cinq ans (v. art. 164 C.G.I.) (4). Dans le droit conventionnel même, les Etats ne se contentent pas d'une référence à leur loi nationale respective pour la définition du domicile fiscal, mais complètent celle-ci par des critères qui visent aussi bien à empêcher l'« évasion » qu'à éliminer la double imposition (5). Il apparaît ainsi que la portée de l'intervention d'une autorité publique étrangère dans la constitution d'une fraude de droit international dépend notamment de l'existence d'un intérêt antagoniste à l'intérêt de l'individu. Cette observation va être confirmée par l'analyse de la troisième étape de la fraude, l'exercice des droits acquis.

(1) Plus précisément, cette portée sera celle qu'on voudra bien lui reconnaître. Ceci confirme que certaines fraudes notoires ne peuvent prospérer qu'avec l'assentiment de la souveraineté fraudée (*supra*, n^{os} 93 et s.).

(2) En revanche, une nationalité étrangère est parfois prise en considération même lorsqu'elle est en concurrence avec la nationalité du for (v. ROTHSTEIN, *op. cit.*, n^o 20). Ceci s'explique peut-être parce que l'attribution par un Etat étranger de sa nationalité implique de sa part un engagement plus grand qu'une simple admission à domicile ; quoiqu'il en soit, il ne s'agit que d'une tolérance de la part des autorités de l'Etat requis.

(3) Il est frappant que ce rattachement soit également celui retenu par les plus récentes Conventions de La Haye de droit international privé pour mettre fin aux controverses sur la nationalité et le domicile et viser le rattachement le plus étroit d'un individu à un Etat donné.

(4) V. ROTHSTEIN, *op. cit.*, n^{os} 93 et s. On s'explique ainsi que la méthode unilatéraliste prévale en droit public international (*infra*, n^o 154) et que ce soit en matière fiscale que le Tribunal des conflits ait été amené à énoncer que la nationalité des sociétés ne peut être déterminée qu'« au regard des dispositions dont l'application dépend du point de savoir si la société est française » (23 nov. 1959, *Société Mayol Arbona*, *Rev. crit.*, 1960.130, note Loussouarn ; D., 1960.223, note Savatier ; *Clunet*, 1961.442, note Goldman).

(5) V. ROTHSTEIN, *op. cit.*, n^{os} 18, 88, 114 et s.

SECTION III

L'EXERCICE DES DROITS ACQUIS

129. L'internationalisation d'une situation interne, la saisine d'un tribunal sans lien avec le litige, ne constituent pas des fins pour le sujet. Elles ont pour but de faire appliquer par une autorité publique une loi incompétente, de façon à se constituer un titre ou à présenter la violation de la loi impérative évincée sous une apparence de régularité juridique, lorsque dans un stade ultérieur les droits acquis seront exercés. L'application d'une loi donnée au détriment d'une loi étrangère ne consomme pas une fraude à la loi de la part du sujet ; celle-ci ne sera parfaite que par l'exercice des droits acquis en application d'une loi incompétente (1). A cet égard, il convient d'opérer une distinction selon que les droits sont exercés dans le ressort même de la loi évincée, auquel cas on peut incontestablement parler de la fraude du sujet qui n'a provoqué l'application de la loi étrangère *que* pour se soustraire à l'application de la loi évincée, ou selon que les droits sont exercés dans un autre ressort, auquel cas la qualification de fraude prête à discussion.

A. — L'EXERCICE DES DROITS ACQUIS A L'ÉTRANGER DANS LE RESSORT DE LA LOI ÉVINÉE.

130. L'exercice par le sujet dans le ressort de la loi évincée des droits acquis par application d'une loi étrangère constitue l'étape ultime d'une fraude à la loi de droit international. La loi est alors méconnue alors que ses conditions d'application légitimes sont réunies. Il s'agit d'une violation « juridique » en ce qu'elle se réclame d'une apparence de régularité tenant à l'intervention d'une autorité publique et du respect de droits acquis. Il s'agit d'une violation internationale, parce qu'elle s'accompagne de l'application d'une loi étrangère. Il s'agit enfin d'une violation délibérée : ce n'est pas par inadvertance que l'on a saisi les autorités publiques d'un pays étranger pour obtenir une modification de sa situation juridique, si l'on n'y exerce pas les droits acquis. Tous les éléments qui constituent une fraude à la loi de droit international sont réunis. Le fait que le sujet se prévale des droits acquis sous l'empire d'une loi étrangère dans le ressort de la loi évincée démontre que le conflit était un faux conflit et que la loi étrangère s'est appliquée de façon abusive. Il est permis de sanctionner la violation internationale de la loi en relevant éventuellement la fraude du sujet.

(1) Le mot « droit » est ici entendu dans son sens le plus large, c'est-à-dire qu'il comprend les prérogatives attachées à l'Etat.

131. La fraude n'est parfaite que par l'exercice des droits irrégulièrement acquis. Si ces droits ne sont pas exercés, la violation de la loi est plus formelle que réelle. Or l'exercice des droits irrégulièrement acquis est plus ou moins difficile selon qu'il se heurte ou non à la contestation d'autrui. Cette observation conduit à distinguer les questions d'état des questions purement patrimoniales ; car si pour celles-ci l'antagonisme d'intérêts est la règle, il n'en est pas de même pour celles-là, ce qui explique que la fraude puisse s'y exercer avec plus de succès.

132. 1) En ce qui concerne les *questions d'état*, l'exercice des droits acquis consiste de la part du sujet à jouir de l'état nouveau conféré par la loi étrangère. La fraude à la loi est donc parfaite si le sujet parvient à jouir paisiblement de son état nouveau dans le ressort même de la loi dont il relevait avant son changement d'état. L'exemple des divorces frauduleux de Français à l'étranger avant le rétablissement du divorce en 1884 illustre cette situation. Un époux Français vivant en France demande et obtient en quelques semaines la nationalité d'un Etat étranger ; il divorce aussitôt pour contracter un nouveau mariage en application de son statut personnel nouveau *et revient s'installer en France* accompagné de son nouveau conjoint (1). En agissant ainsi, l'individu démontre que même si formellement il s'est rattaché à la population d'un Etat étranger, il n'a jamais cessé d'appartenir matériellement à la population française, c'est-à-dire à la collectivité de ceux pour qui sont édictées les lois françaises sur l'état des personnes (2) ; pourtant il est parvenu à un résultat interdit aux autres : il y a bien fraude à la loi de sa part. La présence du fraudeur dans la communauté, jouissant d'un état nouveau alors qu'il ne pouvait s'affranchir de l'ancien, constitue une violation flagrante de la loi. Et cette loi a non seulement un titre légitime à s'appliquer, ce qui serait dans une certaine mesure le cas même si le sujet demeurait hors de France (3), mais elle a un titre exclusif à s'appliquer ; tout démontre

(1) V. Poitiers, 7 janv. 1845, S., 1845.2.215, pourvoi rejeté par Civ., 16 déc. 1845, S., 1846.1.100 ; Toulouse, 27 juill. 1874, S., 1876.2.149, pourvoi rejeté par Civ., 19 juill. 1875, S., 1876.1.289, note Lobbé ; Trib. civ. Seine, 31 janv. 1877 et Paris, 30 juin 1877, D., 1878.2.6, S., 1879.2.205. Il n'y a pas lieu de citer à cette place l'espèce de *Beauffremont*, l'action en inopposabilité ayant été exercée aussitôt après le changement d'état de l'intéressée et sans que celle-ci, semble-t-il, se soit représentée en France.

(2) Ce raisonnement suppose que l'on s'affranchisse de la règle de conflit déduite de l'article 3, alinéa 3 du Code civil. Mais on ne fait pas autre chose en opposant l'exception de fraude à la loi, exception au jeu de la règle de conflit, qui est donc mise à l'écart. Sur les deux moyens de sanctionner une fraude à la loi de droit international, *infra*, Chap. III.

Dans certains cas de fraude, par changement de nationalité, le fraudeur a affirmé expressément sa volonté de demeurer dans l'allégeance française en demandant sa réintégration dans sa nationalité d'origine ; v. Chambéry, 21 mai 1908, S., 1908.2.312 (fraude au service militaire).

(3) *Infra*, n° 139 et s.

en effet que le conflit volontairement créé par le changement de nationalité était un *faux conflit*, et dans ce faux conflit, la loi n'ayant aucun titre à gouverner la situation a été appliquée. Or une telle fraude est relativement facile. Si le conjoint est d'accord pour rompre le mariage, il ne se trouvera peut-être personne, au moins pendant un certain temps, pour invoquer le respect de la loi. Et si cela se produit jamais, ce pourra être des années plus tard, et parce que l'un des époux s'est ravisé, ou cherche par exemple à bénéficier des droits du conjoint survivant, c'est-à-dire dans des conditions qui font douter de l'opportunité de s'en tenir à l'état ancien. L'expérience du droit interne enseigne qu'en matière d'état des personnes plus qu'en toute autre, il est difficile de revenir après un certain temps sur les situations acquises. Ces raisons expliquent pourquoi la fraude à la loi de droit international y est relativement facile.

133. 2) Il n'en est pas de même pour les *questions patrimoniales* ; une différence apparaît immédiatement, qui rend la fraude difficile à parfaire. Il s'agit dans ce cas de faire exécuter dans le ressort de la loi impérative évincée une décision étrangère rendue au mépris de cette loi. Le débiteur ne manquera pas d'attirer l'attention des autorités du for, au cours d'une instance en exequatur, sur la violation de la loi que cette exécution consacrerait et il aura d'autant moins de difficulté à repousser la demande que la violation de la loi est plus manifeste. C'est là une raison essentielle pour laquelle le *forum shopping* est rare en ces matières : les actes d'exécution, la déduction de la fraude, l'exercice des droits frauduleusement acquis, dans le ressort de la loi évincée, se heurtent normalement à la contestation d'autrui. Peut-être les tribunaux qui acceptent de divorcer sans condition toutes les personnes qui en font la demande seraient-ils disposés à faire preuve de la même complaisance dans d'autres domaines, accordant aux demandeurs venus de tous les pays ce qu'il leur plaît d'exiger ; s'ils n'en ont pas l'occasion, c'est parce que l'on sait que les droits qu'ils pourront conférer dans de telles conditions seront victorieusement contestés par le débiteur dans le ressort de la loi compétente. Ces raisons expliquent le peu de champ pour le *forum shopping* en matière patrimoniale.

134. Il n'est cependant pas sans exemple qu'une décision étrangère rendue en violation de la loi du for pourtant manifestement plus compétente ait pu faire l'objet d'une exécution forcée dans le ressort même de la loi évincée. Le cas peut se produire dans un Etat fédéral, dans lequel un Etat-membre n'est pas entièrement libre de s'opposer à l'exécution d'une décision rendue dans un Etat-frère ; les nécessités de la fédération font que l'on préfère imposer une solution injuste dans un cas donné plutôt que d'affaiblir l'autorité des décisions de justice d'un Etat dans l'autre. Il en est par exemple ainsi aux Etats-Unis, où l'article IV, Section I de la Constitution

fédérale dispose que « Pleine foi et crédit (*Full Faith and Credit*) seront accordés dans chaque Etat aux actes publics, registres, et décisions judiciaires de tous les autres Etats ». Par le jeu de cette clause peut se trouver consommée, même en matière patrimoniale, une véritable fraude à la loi de droit « international », comme le montre un exemple jurisprudentiel. Une loi du Mississippi interdisait, et érigeait même en délit pénal, les opérations de jeu sous la forme de ventes à terme que les parties n'ont pas l'intention d'exécuter. Deux personnes domiciliées dans cet Etat s'étant livré à une telle opération, le créancier avait obtenu un arbitrage en sa faveur ; mais les tribunaux locaux avaient refusé de donner effet à la sentence. Quelques temps plus tard, le débiteur se rendit dans le Missouri, où le créancier intenta contre lui une action en paiement (1) ; contre toute attente, cette action aboutit à un jugement en sa faveur (2). Lorsqu'il voulut faire exécuter ce jugement dans le Mississippi, la Cour suprême de cet Etat refusa de faire droit à sa demande. Cette décision fut renversée par la Cour suprême fédérale, à une voix de majorité, au motif que lorsque les tribunaux d'un Etat ont rendu un jugement définitif, un autre Etat ne peut refuser « pleine foi et crédit » à cette décision, nonobstant la violation éventuelle de l'ordre public local (3). Ce rare exemple d'une fraude « parfaite » en matière purement patrimoniale montre que celle-ci suppose des conditions particulières (4). La règle est bien que le

(1) L'affaire illustre ainsi l'abus que peut constituer un exercice de compétence judiciaire fondé sur la seule présence temporaire du défendeur, permettant son assignation ; *supra*, n° 71.

(2) La raison de cette décision paraît être de pure procédure. Le jury avait reçu pour instruction de rendre un jugement en faveur du demandeur s'il constatait qu'une sentence arbitrale avait été rendue dans le Mississippi, sans que le défendeur ait été admis à plaider l'illégalité de la transaction d'après la loi compétente.

(3) *Fauntleroy v. Lum* 210 US 230 (1908). L'injustice de cette décision n'échappa pas à la majorité, qui par la voix de Justice Holmes déclara : « Les erreurs seront rares. Dans cette affaire, le tribunal du Missouri a sans doute cru que la sentence arbitrale avait force exécutoire d'après la loi du Mississippi. S'il y a eu une erreur, ce fut une erreur naturelle. La validité du jugement même au Mississippi est... un effet de la Constitution telle qu'elle a toujours été comprise, et cette question ne devrait pas éveiller la susceptibilité des Etats, lesquels sont tous également concernés, et peuvent se trouver d'un côté ou de l'autre ». Néanmoins, l'opinion dissidente ne manqua pas d'insister sur les possibilités de fraude que cette décision ouvrait.

(4) La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, qui régleme l'effet des jugements au sein de la C.E.E. a réservé la contrariété à l'ordre public de l'Etat requis (art. 27, n° 1), ce qui permet de s'opposer à une fraude manifeste. V. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun* (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968), Dalloz, 1972, notamment nos 483 et s.

Aux Etats-Unis, en dépit des affirmations de Holmes, les exemples n'ont pas manqué où les juridictions d'un Etat ont appliqué la loi locale en l'absence de rattachement suffisant, et ce au titre de l'ordre public ; car si depuis l'arrêt *Fauntleroy v. Lum* un Etat ne peut pas s'opposer à l'exécution d'un jugement rendu dans un état-frère en invoquant l'ordre public, un tribunal peut refuser

forum shopping n'a d'intérêt que si le demandeur peut faire exécuter la décision dans le ressort même de la juridiction dont elle émane, voire dans un ressort tiers. Et dans ce cas, on peut se demander s'il y a place pour la qualification de fraude.

B. — L'EXERCICE HORS DU RESSORT DE LA LOI ÉVINcée DES DROITS ACQUIS A L'ÉTRANGER.

135. Le sujet qui est parvenu à obtenir d'une autorité publique étrangère l'application d'une loi incompétente, mais qui n'exerce pas les droits ainsi acquis dans le ressort de la loi supposée plus compétente, commet-il une fraude à la loi ? Au point de vue de la loi évincée, on est tenté de répondre par l'affirmative, au seul motif que l'intéressé s'est soustrait à l'application de la loi. Mais on peut objecter que précisément, si le sujet exerce ses droits hors du ressort de la loi évincée, celle-ci n'avait peut-être pas un titre exclusif, ou même largement prépondérant, à s'appliquer. Cela est assez net en matière purement patrimoniale, où il est possible de montrer que la possibilité d'exécuter une décision exclut dans la plupart des cas la qualification de fraude appliquée à l'attitude du demandeur. La question est au contraire plus délicate en matière d'état des personnes, parce que l'écoulement du temps influe sur la qualification de l'attitude du demandeur, comme il influe sur le degré de violation de la loi.

136. 1) En matière patrimoniale. — Exercer les droits acquis en application d'une loi incompétente, et ce en dehors du ressort de la loi compétente, revient pratiquement à faire exécuter la décision là même où elle a été rendue. En effet, le demandeur a saisi le tribunal parce qu'il savait que celui-ci appliquerait la loi locale ; et si celle-ci est manifestement incompétente, les autorités d'un Etat tiers n'auront normalement pas intérêt à prêter la main à l'exécution de la décision (1). D'autre part, ce sera souvent la pré-

d'appliquer la loi d'un état-frère pour ce motif, la clause de *Full Faith and Credit* ne s'appliquant pas aux lois.

Pour s'opposer aux abus, la Cour suprême s'est appuyée sur la clause de *due process* du XIV^e Amendement : un Etat refuse au défendeur le *due process of law* auquel il a droit si ses tribunaux rendent contre lui une décision par application de la loi du for, alors que la situation n'a aucun lien avec l'Etat ; v. *Home Insurance Co. v. Dick* 281 US 397 (1930). Ainsi le contrôle par la Cour suprême de l'exercice de leur compétence par les Etats s'opère-t-il par une comparaison des intérêts en présence, lorsqu'un défendeur plaide que l'application de la loi du for le prive des garanties constitutionnelles. Comparer par exemple les arrêts *Bradford Electric Light Co. v. Clapper* 286 US 145 (1932) et *Alaska Packers Ass'n v. Industrial Accident Commission of California* 294 US 532 (1935), tous deux rendus en matière d'accidents du travail.

(1) Dans la plupart des pays, mais non en France, le juge de la reconnaissance ne contrôle pas la compétence de la loi appliquée au fond ; mais c'est sur le terrain de l'ordre public, *lato sensu*, que le défendeur contestera l'exécution

sence de biens sur lesquels le demandeur compte faire exécuter la décision qui aura fondé la compétence du tribunal (*forum patrimonii, forum arresti*). Le demandeur qui parvient dans ces conditions à ses fins commet-il une fraude à la loi ? La réponse dépend moins d'une appréciation de son attitude que du titre que l'on reconnaît à l'Etat du for d'ordonner des mesures d'exécution du fait que des biens se trouvent sur son territoire ; et ce titre paraît dépendre lui-même du lien entre les rapports des parties et l'Etat du for (1). On peut rejoindre ici les conclusions qui ont été dégagées dans l'étude de la compétence internationale de l'Etat, en distinguant deux hypothèses.

137. Dans la première, il existe un lien étroit entre l'activité des parties et le for. S'il peut alors sembler que le for a appliqué une loi incompétente et qu'il s'est prêté à une fraude, il ne s'agira là que d'une apparence. Un exemple permet d'éclairer cette idée. On peut imaginer qu'à la demande d'un marin travaillant sur un navire battant pavillon étranger, mais dont l'essentiel du trafic se fait à partir de ports américains, un tribunal américain applique la loi américaine sur le travail maritime. Le demandeur obtiendra l'exécution de la décision, parce que le défendeur est soucieux de ne pas voir saisir un bien d'une valeur considérable, en l'occurrence le navire, qui se trouve dans le ressort des juridictions américaines. L'exécution de la décision ne consacrera pas une fraude à la loi de la part du demandeur, au détriment de la loi du pavillon (qui se trouvera également être la loi « nationale » du propriétaire, une société constituée dans le pays étranger) car en appliquant la loi du for, le tribunal ne ferait que rétablir l'ordre des choses, qui est que les lois de police régissent les faits survenus sur le territoire ; la réglementation américaine sur le travail maritime serait légitimement appliquée à une prestation dont l'exécution présente les liens les plus étroits avec la souveraineté américaine. En d'autres termes, il ne s'agirait pas de consommer une fraude à la loi du pavillon, mais de limiter les effets d'une fraude à la loi du for (2). On peut conclure que dans une hypothèse de ce type, si l'on est tenté de parler de fraude à la loi parce que la décision est exécutée, les raisons pour lesquelles la décision peut s'exécuter sont précisément celles pour lesquelles la qualification de fraude doit être écartée.

de la décision étrangère. Pour qu'il échoue dans sa défense, il faudrait que la décision présentée ait elle-même été rendue au nom de l'ordre public à l'encontre de la loi compétente évincée, et que l'ordre public de l'Etat requis soit identique à celui de l'Etat d'origine.

(1) Sur ces points, *supra*, nos 66 et s.

(2) On a vu qu'en réalité, la Cour suprême des Etats-Unis s'est refusée à appliquer la loi américaine aux navires battant des pavillons de complaisance, non sans que soit relevée l'injustice de cette attitude à l'égard des marins travaillant sur ces navires ; *supra*, n° 98.

138. Dans la seconde hypothèse, il n'existe pas de lien significatif entre les rapports des parties et l'Etat du for. Mais le défendeur exerce dans cet Etat une activité qui l'amène à y introduire des biens et le demandeur profite de cette circonstance pour se faire reconnaître un droit *par application de la loi du for*. Par exemple, une personne dont les biens ont été nationalisés dans un pays tiers procède à une saisie pour obtenir une indemnité qui lui a été refusée (1). On pourrait soutenir dans ce cas que le demandeur réalise une fraude à la loi, parce qu'il met à profit un faux conflit pour faire appliquer la loi la moins compétente. Mais il ne dépend que des autorités du for qu'il réussisse ou échoue dans sa demande. Il n'y a pas à proprement parler fraude de la part d'un demandeur à bénéficier de ce que la loi lui offre en connaissance de cause. Si un abus est commis en pareil cas, celui du demandeur s'efface derrière celui commis par l'autorité publique en imposant sa conception du droit international à un défendeur qui n'entendait pas nécessairement s'y soumettre. La discussion du point de savoir si l'Etat du for commet un abus en pareil cas a été menée et il suffit d'y renvoyer (2).

139. 2) *En matière d'état*. — On peut se demander si l'individu qui obtient une modification de son état en violation de la loi qui s'appliquait à lui, mais ne se prévaut pas de son nouvel état dans le ressort de celle-ci, commet une fraude. Cette qualification a été utilisée par exemple dans l'affaire *Weiller*. Dans cette espèce, une femme mariée à un Français et devenue elle-même française avait obtenu le divorce dans le Nevada, sans que son mari figure à la procédure. Elle s'était par la suite remariée à un Anglais, avec lequel elle vivait semble-t-il en Angleterre; en tout état de cause, elle ne résidait plus en France et ne s'y était pas prévalu de son nouveau statut, jusqu'à ce que son mari intente une action en inopposabilité du divorce américain. En accédant à cette demande, la Cour de Paris, puis la Cour de cassation, relevèrent la « fraude à la loi française » commise par l'intéressée (3). Pourtant, il manquait

(1) Si les biens saisis sont ceux-là mêmes qui avaient été nationalisés, l'action est en revendication et non en paiement. La distinction est formellement importante dans la mesure où la qualification retentirait sur la loi applicable : la loi du for pourrait être déclarée compétente dans le second cas, au titre de *lex rei sitae*. Au fond, la question est la même, le processus de qualification n'ayant pour effet que de la présenter sous un jour différent.

(2) *Supra*, nos 66 et s. On remarque que dans les deux hypothèses envisagées, la loi étrangère supposée compétente est délibérément méconnue. Dans la première (*supra*, n° 137), elle l'est au nom d'une répartition internationale objective des compétences qui exclut la qualification de fraude. Dans le second, elle l'est au nom du droit international matériel; la qualification de fraude dépend alors du parti que l'on prend sur la norme en question, en l'occurrence sur la légitimité et les limites du droit de propriété.

(3) Paris, 15 déc. 1948, D., 1949.461, note Savatier; *Rev. crit.*, 1949.113, note Francescakis; S., 1949.2.69, note Delaume; *J.C.P.*, 1949.II.4950, note Sarraute et Tager; Civ., 22 janv. 1951, *Rev. crit.*, 1951.167, note Francescakis; *J.C.P.*, 1951.II.6151, note S. et T. (v. *supra*, n° 8).

à cette « fraude » ce que l'on a distingué ici comme le troisième stade, celui au cours duquel le sujet tente de déduire les conséquences de son action dans le ressort de la loi évincée. Dans ces conditions, la qualification de fraude est discutable, tant du point de vue théorique que du point de vue des conséquences pratiques qu'elle peut entraîner.

140. *a)* La qualification d'une fraude de l'agent passe par la détermination préalable de ce que la loi est fraudée. Dans le cas d'un changement d'état par application d'une loi étrangère, sans que le sujet cherche à se prévaloir de son nouvel état dans le ressort de la loi évincée, il est important de noter que la loi est de moins en moins fraudée à mesure que le temps s'écoule. L'exemple du divorce permet d'illustrer cette observation. Lorsque la loi française régit le divorce d'une manière qui vise en principe à limiter celui-ci, elle poursuit un double but. D'une part, elle traduit une certaine conception éthique et religieuse du mariage qui prévaut dans la population française ; d'autre part, elle vise un but de politique sociale, l'expérience paraissant indiquer que le relâchement du mariage est socialement néfaste. Pour ces raisons, la loi s'efforce de limiter autant que faire se peut le spectacle et les effets de cette polygamie dans le temps que permet le divorce. Si l'on considère le cas du Français qui divorce à l'étranger dans des conditions qui font de ce divorce une sorte de répudiation, il n'est pas douteux que la loi française est méconnue dans ses dispositions fondamentales. Mais si cet individu ne se représente pas dans le ressort de la loi française, on doit convenir que cette violation est moindre, eu égard aux objectifs identifiés plus haut, que s'il jouit en France de son nouvel état ; et à mesure que le temps s'écoule, la violation perd de sa substance. Il est vrai que lorsqu'une femme a divorcé au Nevada parce que la loi française ne permet pas la répudiation, la loi française reste méconnue du seul fait que son conjoint se trouve être aux yeux de la loi un mari sans femme. Mais il n'est pas possible d'empêcher un époux qui ne veut plus vivre avec son conjoint de s'établir dans un milieu différent ; en pareil cas, la force publique elle-même ne pourrait plus rien contre lui. Par conséquent, il faut savoir reconnaître après un certain temps que la loi n'est plus fraudée du fait de son éviction par application d'une loi étrangère.

141. Effectivement, lorsque le sujet ne cherche pas immédiatement à se prévaloir de son état nouveau dans le ressort de la loi évincée, il apparaît que le conflit qu'il a créé en internationalisant la situation est un vrai conflit, et non pas un faux conflit (1). Corré-

(1) L'individu qui recourt aux offices d'une « usine à divorce » étrangère n'a en général pas l'intention de s'établir dans l'Etat du for ; mais s'il s'installe

lativement, la qualification de fraude s'estompe avec le temps. Chaque jour qui passe sans que le sujet tente de se prévaloir de son nouvel état dans le ressort de la loi évincée fait apparaître que le conflit volontairement créé est un vrai conflit ; et plus le conflit est un vrai conflit, moins c'est une fraude que de l'avoir provoqué (1). On retrouve ici, en la personne du sujet, le caractère dynamique de la notion de fraude en matière d'état des personnes : l'écoulement du temps permet seul de se prononcer sur l'existence d'une fraude, ou plus exactement la qualification varie avec le temps. Il n'est pas possible de fixer des limites dans cette évolution ; c'est précisément sur cette difficulté que joue le sujet en mettant en œuvre une loi incompetente. L'appréciation est particulièrement délicate si l'intéressé n'a pas rompu toute attache avec la loi ancienne (2). Mais dans le cas où la volonté du sujet de se prévaloir de son état nouveau principalement hors du ressort de la loi ancienne est avérée, la qualification de fraude n'est pas tout-à-fait fondée. Cette conclusion est confirmée par l'examen des conséquences pratiques de cette qualification peut entraîner.

142. b) La qualification de fraude entraîne à peu près nécessairement une solution répressive, sous forme d'un refus définitif de reconnaître les droits acquis « en fraude » à quelque effet que ce soit. Or ce refus d'accorder le droit avec les faits peut se prêter à une fraude plus réelle que celle que l'on prétend sanctionner. Soit l'exemple d'une femme qui a abandonné son mari, a divorcé à l'étranger et s'y est installée avec un second mari. Quelques années plus tard, le premier mari décède *ab intestat*. La femme se présente alors en invoquant les droits successoraux du conjoint survivant. La qualification de fraude attribuée à ses agissements passés interdit de lui opposer qu'elle n'est plus titulaire des droits qu'elle invoque. L'intéressée peut alors tirer profit d'un état que la loi évincée persiste à lui imposer, dans des conditions que l'on peut estimer

dans un Etat tiers où son divorce est reconnu, il y a quand même un vrai conflit entre, d'une part la loi originellement compétente, et d'autre part les deux lois étrangères.

(1) Rapp. *supra*, n° 117. L'internationalisation volontaire d'une situation interne dans le but de bénéficier d'un statut plus favorable ne doit pas être considérée comme irrépréhensible *en soi*. Ce qui est incontestablement frauduleux, c'est de vouloir tirer parti d'une internationalisation qui n'est pas effective, en bénéficiant simultanément de plusieurs statuts inconciliables ; c'est-à-dire d'affirmer vouloir se placer sous l'empire d'une loi, tout en demeurant dans le ressort de l'autre.

(2) Soit par exemple un national du pays A, où le divorce est interdit, qui prend la nationalité du pays B, y obtient le divorce et se remarie. Par la suite, il maintient son « centre d'intérêts principal » dans le pays B, ou dans un pays tiers, mais retourne occasionnellement dans son pays d'origine. Pour définir strictement la fraude à la loi, il faudrait déterminer le nombre exact de jours que l'intéressé peut passer impunément dans le pays A ; au-delà du chiffre fixé, son changement d'état serait considéré comme inopposable et il pourrait aller en prison pour bigamie. Une telle précision est naturellement exclue.

inoportunes. Ce résultat procède d'un défaut d'analyse de la notion de fraude, notion dynamique en tant qu'elle s'applique dans les questions d'état. Lorsque l'intéressée s'est rendue devant un for étranger pour divorcer au mépris de sa loi personnelle, elle a créé un conflit qui était sur le moment un faux conflit. A mesure que le temps s'est écoulé sans que l'intéressée se prévale de son nouvel état dans le ressort de la loi évincée, le conflit s'est révélé être un vrai conflit. Avec le décès du mari, le conflit est redevenu un faux conflit, mais dans lequel c'est la loi autrefois évincée qui a un intérêt moindre à s'appliquer. En réclamant des droits successoraux au motif que son divorce est sans effet au regard de la loi du for, la femme ne fait qu'exploiter ce faux conflit. S'il y a une fraude à sanctionner en pareil cas, ce n'est pas celle qui aurait été commise plusieurs années auparavant et qui a cessé d'en être une, mais celle qui est en train de se commettre. Aussi bien en pareil cas le droit français s'opposerait-il sans doute à la demande de la femme par application de l'adage *Nemo auditur*. Ce moyen permettrait tout à la fois de préserver l'équité tout en maintenant la qualification de fraude (1). L'exemple montre cependant qu'il est parfois vain de refuser d'accorder le droit aux faits en matière d'état des personnes et qu'une notion statique de la fraude, qui conduit à un tel refus, se prête à un résultat pire que le mal combattu : *summum jus, summa injuria...*

143. On ne doit pas déduire de ce qui précède que des droits acquis à la faveur de l'internationalisation d'une situation interne doivent être reconnus dans tous les cas où cette internationalisation est effective. Mais il n'est pas davantage opportun de refuser systématiquement leur reconnaissance au nom d'une qualification de fraude qui serait parfois hâtive. La solution doit passer par l'analyse objective du caractère vrai ou faux du conflit matérialisé par l'intervention d'une loi étrangère. Lorsque les droits acquis sont effectivement exercés hors du ressort de la loi évincée, on est en présence d'un vrai conflit. Dans ce cas, la loi du for *peut* s'imposer, mais il n'y a pas lieu de fonder la solution sur une fraude discutable (2).

(1) Envisageant la même hypothèse en droit anglais, un auteur estime que l'on interdirait à la femme de se prévaloir de l'irrégularité de son divorce étranger (sans doute en application de la théorie de l'*estoppel*) ; v. MORRIS, *Cases on Private International Law*, 3^e éd., 1960, p. 136.

(2) Il en est d'autant plus ainsi qu'il existe des cas de vrai conflit dans lesquels il n'est pas certain que la loi du for doive l'emporter. Ainsi, l'exemple du divorce recherché par un conjoint à l'étranger contre la volonté de l'autre paraît illustrer un cas de vrai conflit dans lequel la loi du for n'a pas de raison de s'incliner devant la loi étrangère. Mais encore fait-il pour cela que les deux conjoints aient le même statut personnel d'origine (v. par ex. Trib. gr. inst. Paris, 6 juill. 1972, *Clunet*, 1973.728 et la note), ce qui n'était le cas ni dans l'affaire de *Beauffremont* ni dans l'affaire *Weiller*. Par ailleurs, il serait d'une psychologie un peu courte de considérer systématiquement l'époux émigré comme en faute et l'époux « abandonné » comme innocent. Ceci conduit à recon-

144. Conclusion du Chapitre II. — L'étude de la mise en œuvre par les individus de la violation internationale de la loi permet de distinguer trois stades. C'est seulement à l'issue du troisième stade que la fraude à la loi de droit international est parfaite. On peut synthétiser ce cheminement dans la formule suivante : *un individu commet une fraude à la loi de droit international lorsque, par la création ou l'exploitation d'un faux conflit, il provoque l'application d'une loi étrangère par une autorité publique, et qu'il exerce les droits ainsi acquis ou reconnus dans le ressort de la loi évincée.* Si ces droits sont exercés dans un ressort autre, soit le ressort de la loi appliquée, soit un ressort tiers, la qualification de fraude prête à discussion. Quelque soit le lieu où les droits irrégulièrement acquis sont exercés, le sujet ne provoque délibérément une violation internationale de la loi en mettant en œuvre une loi incompétente que si l'exercice des droits ainsi acquis ne doit pas se heurter, au moins pendant un certain temps, à la contestation d'autrui. Ceci explique que les questions d'état, plus que les questions purement patrimoniales, soient le terrain d'élection de la fraude à la loi de droit international. A ce facteur s'ajoute le fait qu'en matière d'état, une loi s'applique pour l'avenir et que l'on est toujours obligé de s'en remettre dans une certaine mesure à une déclaration d'intention du sujet quant au ressort dans lequel il entend exercer les droits qui font l'objet de sa demande. En matière d'état comme en matière purement patrimoniale, cependant, l'exercice des droits acquis peut se heurter à la contestation d'autrui. En pareil cas, le titulaire d'un intérêt opposé va attirer l'attention des autorités sur la violation internationale de la loi qu'entraîne l'application de la loi mise en œuvre par le sujet. Ainsi se trouve posé le problème de la sanction de la violation internationale de la loi.

naître plus libéralement les divorces rendus à l'étranger par défaut, au moins en ce qui concerne la dissolution du lien conjugal. C'est précisément dans cette voie que s'est engagée la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps (sur cette Convention, v. BATIFFOL, *Rev. crit.*, 1969.215 ; BELLET et GOLDMAN, *Clunet*, 1969.843) ; l'admission du for du demandeur comme chef de compétence indirecte, pourvu que le demandeur ait eu sa résidence habituelle dans l'Etat d'origine pendant l'année précédant la demande (art. 2, chiffre 2, a) confirme la thèse ici défendue.

CHAPITRE III

LA SANCTION

DE LA VIOLATION INTERNATIONALE

DE LA LOI

145. En présence d'une violation alléguée ou démontrée de la loi se trouve posé au juge le problème de la sanction ; et dans le cas plus précisément étudié, la violation de la loi est, ou serait, le résultat d'un acte délibéré du sujet. Le problème de la sanction ainsi posé s'analyse en deux questions distinctes : celle de l'opportunité de la sanction et celle du mode de sanction. En ce qui concerne la première, en effet, l'analyse de la violation internationale de la loi a montré que toute violation de la loi ne doit pas nécessairement être sanctionnée ; car la solution d'un conflit de lois par l'application d'une seule des lois internes en conflit, solution de beaucoup préférable à leur application cumulative, entraîne nécessairement une violation internationale de l'autre (1). En ce qui concerne le mode de sanction, il y a essentiellement lieu de rechercher dans quelle mesure celui-ci prend en considération la fraude du sujet. A cet égard on sait que la caractéristique de l'exception de fraude est que le juge reconnaît *en principe* la validité du raisonnement qui lui est soumis avant d'en paralyser les effets *en raison de* la fraude du sujet. Le juge recourt donc à l'exception de fraude lorsque la violation de la loi qu'il sanctionne se présente sous une apparence de régularité particulièrement forte. Or les relations privées internationales connaissent un mode de réglementation qui permet dans certains cas à une violation de la loi de présenter une telle apparence de régularité : le procédé de la règle de conflit bilatérale. Pour maintenir en principe la règle de conflit, alors même qu'elle prête à la fraude, on pense à recourir à l'exception de fraude ; c'est ainsi que traditionnellement, l'exception de fraude est illustrée dans les ouvrages généraux par un exemple emprunté au droit international privé (2). Cependant, le procédé de la règle de conflit n'est pas le seul procédé de réglementation des relations privées internationales. Une autre

(1) *Supra*, Chap. I, n° 20 et s.

(2) *Supra*, n° 3.

méthode l'a historiquement précédé et paraît encore bien vivante : elle consiste à déterminer directement, et non de façon médiate, la loi interne de fond applicable à une situation donnée. Cette méthode est en particulier celle suivie en droit public international et il n'est nullement interdit d'y recourir en droit privé. On perçoit qu'elle permet notamment de sanctionner *toute* violation internationale de la loi sans invoquer de quelque manière que ce soit l'attitude du sujet. Ces observations imposent de faire précéder l'étude de la sanction de la violation internationale de la loi d'une Section Préliminaire consacrée à la présentation des deux modes de solution des conflits de lois, et en particulier à l'analyse de la règle de conflit bilatérale comme instrument possible de fraude.

146. Le problème de la sanction d'une violation internationale de la loi se trouve posé à un juge donné à l'égard des lois du for ou des lois étrangères. Pratiquement, un juge donné connaît plus fréquemment d'une violation de la loi du for, car c'est plus naturellement dans le ressort d'une loi donnée que sa violation vient à être invoquée. Cette observation d'ordre purement pratique n'est cependant pas celle qui incite à distinguer la loi étrangère de la loi du for pour l'examen du problème envisagé. Des raisons théoriques justifient cette distinction. En ce qui concerne l'opportunité de la sanction, tout d'abord, des difficultés s'élèvent tenant à la situation particulière de la loi étrangère devant un juge donné. En ce qui concerne le mode de sanction, d'autre part, la coexistence en droit comparé, et même à l'intérieur d'un système donné, des deux procédés de solution des conflits de lois évoqués plus haut pose un problème de combinaison entre le système de droit international privé du for et les systèmes étrangers. Toutes ces difficultés contribuent à faire de la sanction de la fraude à la loi étrangère une question particulièrement complexe. Il sera donc indispensable d'envisager dans deux Sections distinctes la sanction de la violation internationale de la loi du for et celle de la violation internationale de la loi étrangère.

SECTION PRÉLIMINAIRE

RÈGLE DE CONFLIT ET FRAUDE A LA LOI

147. On parle de fraude chaque fois qu'une violation de la loi procède d'une volonté délibérée tendant à se soustraire à son application. Et il existe une forme privilégiée de la fraude, celle qui se réclame de l'application des lois par une combinaison de règles juridiques et qui prétend par là à la plus grande régularité. Or si la théorie de la fraude à la loi paraît avoir fait son entrée en droit

français par le droit international privé, c'est parce que les relations privées internationales connaissent un mode de réglementation qui favorise une telle fraude, le procédé de la règle de conflit. Avant de montrer comment, il importe de mettre en lumière que le procédé de la règle de conflit n'est pas le mode exclusif de solution des conflits de lois. Il suffira donc de s'affranchir de ce procédé pour retirer à une fraude à la loi de droit international l'apparence de validité qu'il peut lui conférer et sanctionner cette fraude autrement que par l'exception de fraude.

A. — LES DEUX PROCÉDÉS DE SOLUTION DES CONFLITS DE LOIS.

148. La méthode de la règle de conflit peut être décrite en premier lieu, car c'est celle qui prévaut actuellement en droit français. Historiquement, elle a cependant été précédée d'une autre méthode, que l'on peut qualifier de « détermination du domaine d'application des lois » ou, par référence à son origine, de méthode « statutaire ». Or les deux méthodes coexistent en droit moderne, et cela tant en droit français qu'en droit comparé.

149. 1) *La méthode de la règle de conflit.* — La méthode de la règle de conflit peut être schématiquement décrite de la manière suivante (1). Dans un premier temps, on qualifie le rapport juridique auquel on recherche la loi applicable (mariage, contrat, délit...). Dans un second temps, on recherche quel est pour le rapport juridique considéré le rattachement significatif (lieu de formation, nationalité des parties ...). Enfin, on applique à la relation considérée la loi à laquelle conduit le rattachement retenu. La pierre de touche de cette méthode est donc la *règle de conflit*, que l'on peut définir comme le rattachement automatique d'un rapport donné à l'un de ses éléments. Par exemple, on dira que la loi applicable à un délit est la loi du lieu de survenance du délit.

150. C'est Savigny qui a dégagé et systématisé cette méthode de solution des conflits de lois, en recherchant pour chaque rapport de droit le siège (*Sitz*) de ce rapport, de façon à lui appliquer la loi interne avec laquelle il a le lien le plus significatif (2). Cependant, Savigny n'a pas méconnu l'autre procédé de solution des conflits de lois, et il n'a exprimé en faveur du premier qu'une préférence (3). Néanmoins, sa doctrine a été reçue, notamment en France, et développée d'une manière telle qu'elle peut apparaître comme le

(1) V. FRANCESCOAKIS, « Précisions sur les lois d'application immédiate », *Rev. crit.*, 1966.2.

(2) SAVIGNY, *Traité de droit romain* (trad. Guénoux), t. VIII, 1851.

(3) FRANCESCOAKIS, *op. cit.*, p. 5 et *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Conflits de lois (principes généraux)*, n° 69.

procédé exclusif de réglementation des relations privées internationales. Il est vrai que cette doctrine a le grand mérite de s'efforcer de présenter un mode de réglementation applicable universellement et devant par conséquent rendre la solution d'un conflit indépendante du for saisi. On aboutirait ainsi à l'harmonie internationale des solutions, dans laquelle on peut voir la finalité du droit international privé (1). Cependant, force est de constater qu'à ce jour cet objectif est loin d'être atteint. D'une part, même parmi les systèmes où l'on déclare procéder par règle de conflit, les *rattachements* choisis ne sont pas toujours les mêmes ; le seraient-ils, d'autre part, qu'il se poserait encore des conflits de *qualification*, perturbant la solution harmonieuse des conflits (2).

151. On peut se demander, par ailleurs, si la règle de conflit est, en France même, le procédé exclusif de solution des conflits de lois. Deux raisons incitent à répondre à cette question par la négative. La première est qu'il a toujours existé des lois impératives, et tellement impératives, peut-on dire, qu'il paraît difficile de faire dépendre leur application d'une règle de conflit bilatérale et « aveugle », en fonction d'un rattachement prédéterminé et dont l'importance réelle varie avec chaque espèce. Ces lois sont des lois d'*application immédiate*, dès lors que la situation présente avec l'Etat du for un rattachement substantiel. La doctrine de la règle de conflit s'est efforcée, il est vrai, d'assimiler ces lois dans son système : les lois d'application immédiate seraient celles que Lerebours-Pigeonnière a rattaché à la notion d'ordre public international (3). Mais, outre que la notion d'ordre public, déjà confuse, perd là toute homogénéité, on peut se demander à quoi bon écarter de ce chef au profit de la loi du for une loi étrangère préalablement déclarée compétente : on aurait pu faire l'« économie d'un raisonnement » (4). Quoi qu'il en soit, on note que le jeu normal de la règle de conflit est parfois paralysé en raison du contenu de la loi étrangère (exception d'ordre public). Parfois aussi, il l'est parce que les parties n'ont mis en œuvre la règle de conflit que pour se soustraire à l'application de la loi du for : c'est l'exception de fraude à la loi. Son effet est exactement le même (comme pour l'exception d'ordre public) que si l'on se prononçait directement pour l'application de la loi du for. Dans ce cas également, on peut faire l'économie d'un raisonnement et l'étude de

(1) V. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, n^{os} 96 et s.

(2) V. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958.

(3) V. FRANCESKAKIS, *Rev. crit.*, 1966.8 (et notamment note 1). Bien que les exemples donnés par LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (*Précis*, 6^e éd., n^o 270) et par M. BATIFFOL (*Traité*, 3^e éd., p. 413) concernent surtout le droit de la famille, l'idée de politique législative est particulièrement importante en matière de lois de réglementation économique ; celles-ci constituent la source principale de lois « d'application immédiate ».

(4) FRANCESKAKIS, *Rev. crit.*, 1966.8.

la sanction de la fraude à la loi révèle que les tribunaux français ont fréquemment sanctionné la fraude sans recourir à l'exception de fraude (1).

152. Au demeurant, même lorsque les juges présentent leur décision comme le résultat inéluctable d'un raisonnement par la règle de conflit, il est permis d'affirmer que ce n'est pas leur démarche naturelle d'esprit qu'ils retracent. Lorsque le juge se trouve confronté à une espèce présentant un rattachement avec un pays étranger, il n'est guère douteux que la première question qu'il se pose est celle de savoir si l'on peut tolérer de ce fait que la loi du for ne s'applique pas. Quelle que soit la réponse donnée à cette question, la décision rendue n'est alors que la *mise en forme* du résultat. Car il est possible, sans abandonner le procédé de la règle de conflit, de se prononcer en faveur du demandeur ou du défendeur dans une affaire donnée, en manipulant les qualifications, en interprétant la loi étrangère, en invoquant l'ordre public... (2). C'est pourquoi il est permis de penser que des décisions qui se présentent formellement comme le résultat inéluctable d'un raisonnement déductif ne sont dans le plus grand nombre de cas que des décisions d'opportunité mises en forme (3). Comme l'a fait remarquer un auteur américain dans une étude critique du procédé de la règle de conflit, « les délibérations de la Cour révèlent une heureuse coïncidence entre les impératifs de la justice dans l'espèce considérée et les facteurs décisifs de la règle de conflit appliquée » (4). Cette observation n'est sans doute pas suffisante pour justifier un rejet de la méthode, qui représente une systématisation d'une inappréciable valeur. Mais l'existence de celle-ci ne doit pas voiler qu'il existe un autre procédé de solution des conflits de lois.

153. 2) La méthode statutaire. — Si les conflits de lois, ou de coutumes, sont aussi vieux que la vie en société, leur étude paraît remonter au Moyen Age, et en Italie (5). La méthode suivie consistait alors à rechercher quel était le domaine d'application des lois,

(1) *Infra*, n°s 198 et s.

(2) On peut aussi au préalable, selon que l'on qualifie la situation d'interne ou d'internationale (*supra*, n°s 111 et s.), se placer ou non sous le régime du droit international privé; v. l'illustration de ce mécanisme, *infra*, n°s 213 et s.

(3) Il est effectivement plus satisfaisant de justifier ainsi l'application de la loi du for, plutôt que par sa « volonté d'application » (encore que le recours à l'ordre public traduise une certaine faillite de la règle de conflit bilatérale), ou l'application de la loi étrangère plutôt que par l'inadéquation de la loi du for (v. *infra*, les hypothèses de fraude à la loi du for non sanctionnées).

(4) CAVERS, « A Critique of the Choice-of-Law Problem », 74 *Harv. L. Rev.* 180 (1933).

(5) V. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, 2 vol., Paris, 1888 (notamment t. I, p. 93 et s.); MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale », *Recueil des cours*, 1934.III, p. 543.

ou statuts, pour déterminer si un statut donné entendait s'appliquer à la situation considérée. C'est ainsi que les Glossateurs ont assez tôt écarté la territorialité absolue des lois par la formule « Statutum non ligat nisi subditos », formule reçue dans la Glose d'Accurse dans la première moitié du ^{xii}^e siècle et déduite *a contrario* des premiers mots du Titre I de la Constitution de Justinien : « Cunctos populos... » (1). Cette méthode statutaire n'est guère évoquée en France que dans les développements consacrés à l'histoire. Or elle est extrêmement vivante et l'on peut penser qu'elle est appelée à un plus grand développement (2).

154. On peut observer en premier lieu que la méthode statutaire est celle utilisée dans tous les domaines du *droit public international* (droit pénal, droit administratif, droit fiscal...) (3). Lorsqu'une situation donnée présente des rattachements avec un système étranger, la question est de rechercher si la loi du for a entendu ou non gouverner cette situation ; dans la négative on n'applique pas la loi de droit public étrangère, on ne désigne même pas la loi compétente. Cependant, on oppose le droit international privé au droit public international en raison précisément de ce que le second ne procède pas par règles de conflit (4). Celle-ci désigne la loi de droit privé applicable de façon « neutre » : par hypothèse on ne sait pas, lorsqu'on la met en œuvre, si elle va désigner la loi du for ou une loi étrangère et dans le second cas, le juge appliquera celle-ci à l'espèce. Or il est permis de se demander si cette opposition des méthodes et des disciplines ne doit pas être quelque peu atténuée (5). Outre les réserves que l'on peut formuler à l'encontre de la possibilité pour un juge donné d'appliquer, à proprement parler, une loi étrangère (6), il convient d'observer que la distinction du droit public et du droit privé est en certains domaines particulièrement malaisée.

155. Le phénomène juridique le plus marquant du ^{xx}^e siècle est sans doute la prolifération dans tous les pays de ces lois de réglementation économique et sociale, dont on ne sait trop s'il convient de les rattacher au droit public ou au droit privé. Mais dans le cas où

(1) « Tous les peuples régis par l'autorité de notre pouvoir nous voulons qu'ils demeurent dans la religion qui a été apportée aux Romains par l'apôtre Pierre... ».

(2) V. ГОТНОТ, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit.*, 1971.1 et s., 209 et s., 415 et s.

(3) V. VAN HECKE, « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *Recueil des cours*, 1969.I, p. 399.

(4) Il n'en est du reste pas nécessairement ainsi. Une disposition de droit fiscal pourrait viser les sociétés « françaises » sans définir celles-ci, faisant ainsi dépendre l'application de cette loi d'une règle de conflit (v. *Rép. Dall. dr. int.*, V^o *Impôts*, par J. H. ROTHSTEIN, n^{os} 50 et s.).

(5) Sur l'application du procédé de la règle de conflit en droit public, v. FREYRIA, « La notion de conflit de lois en droit public », *Trav. com. fr.*, 1965.103 ; ZWEIGERT, « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965.645 (notamment p. 660 et s.).

(6) *Supra*, n^{os} 58 et s.

en France c'est le juge judiciaire qui vient à en connaître, il semble que la règle de conflit soit impuissante à résoudre le problème de leur application à des espèces internationales, et du reste que le recours à une règle de conflit bilatérale soit inutile à leur égard. La règle de conflit traditionnelle paraît tout d'abord impuissante, en raison de la variété et de la complexité des problèmes posés. Il paraît par exemple insuffisant d'énoncer que la loi applicable à un contrat international est la loi d'autonomie pour résoudre les problèmes posés par le statut d'un travailleur qui exécute des prestations dans différents pays, ou dans un pays donné pour une entreprise étrangère. La solution du problème semble davantage passer par une analyse des législations en cause, en particulier pour un for donné afin de déterminer si la loi locale peut tolérer que la situation lui échappe ; c'est là la technique de détermination du domaine d'application des lois qui prévaut en droit public international et qui a longtemps été celle du droit privé (1). Le recours à une règle de conflit bilatérale peut en second lieu paraître inutile, dans la mesure où fréquemment le juge ne pourra pas appliquer la loi étrangère s'il vient à la déclarer compétente. Il ne le pourra pas tout d'abord en raison de la technicité du type de lois envisagé, qui pose des problèmes aux juges du pays où elles sont édictées (2) ; il ne le pourra pas non plus si l'application de la loi suppose l'intervention d'un organisme public, tel un organisme de sécurité sociale (3). Ainsi dans l'affaire *Lauritzen v. Larsen*, la Cour suprême des Etats-Unis devait se prononcer sur les suites d'un accident du travail survenu à un marin étranger sur un navire étranger dans un port étranger ; ayant décidé que la loi américaine ne devait pas recevoir application dans cette espèce, les juges n'ont pas envisagé d'appliquer la loi danoise qu'ils déclaraient compétente (4). Il y a donc un domaine de la vie juridique d'importance croissante, et largement rattaché en France au droit privé, dans lequel le juge ne peut que décider si la loi du for est applicable ; dans la négative, il ne restera aux parties qu'à se pourvoir devant un juge étranger, pour lequel, à supposer que sa loi ait été désignée comme compétente par le premier juge saisi, la décision étrangère n'a qu'une valeur simplement persuasive. Il n'est certes pas sans intérêt de savoir par exemple que la Cour suprême des Etats-Unis estime que la loi applicable à un accident du travail maritime est la loi du pavillon ; mais l'affirmation de la Cour

(1) La doctrine « bilatéraliste » s'efforce cependant de dégager des règles de conflit « spéciales » qui rendraient à la méthode sa plénitude, ou tout au moins elle prône leur recherche ; v. A. TOUBIANA, *op. cit.*, nos 286 à 295 ; F. DEBY-GÉRARD, *op. cit.*, nos 60 et s.

(2) V. par ex. LOUSSOUARN et BREDIN, « La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire », D., 1963, Chron., 37.

(3) V. FREYRIA, « Sécurité sociale et droit international privé », *Rev. crit.*, 1956.416 (notamment p. 446 et 452).

(4) 345 US 571 (1953). Il semble qu'en l'espèce l'intéressé avait été indemnisé par application de la loi danoise. Cette circonstance n'infirmes rien la portée de l'exemple.

selon laquelle d'autres facteurs pourraient conduire à retenir un rattachement différent, assortie à l'impossibilité d'appliquer éventuellement la loi étrangère compétente, retire beaucoup de sa portée à l'énoncé de cette règle de conflit (1).

156. Il est donc certain que dans aucun système le procédé de la règle de conflit ne peut être le procédé exclusif de solution des conflits de lois (2). Et il est même possible que l'importance relative de la règle de conflit bilatérale soit appelée à décroître, en raison du rapprochement dans de nombreux domaines de la compétence judiciaire et de la compétence législative, jusque là caractéristique du droit public. Cette observation ne doit pas être comprise comme annonçant un déclin de la science du conflit de lois ; cette conclusion procéderait d'une confusion entre le conflit de lois et la méthode de la règle de conflit (3). Celle-ci se trouvera peut-être plus particulièrement cantonnée au droit de la famille, plus propre à s'appliquer de façon médiate, par le relais de la nationalité ou du domicile (4). La méthode statutaire, que l'on peut maintenant appeler « unilatéraliste », est appelée à un renouveau, si tant est qu'elle ait jamais été abandonnée. Le droit des pays qui ne connaissent pas la distinction du droit public et du droit privé et qui n'ont pas reçu la méthode de Savigny au même degré que la France, en témoigne : il suffit d'ouvrir un ouvrage anglais ou américain consacré aux conflits de lois, pour constater que le droit pénal et le droit fiscal y ont leur place et que la règle de conflit n'y fait pas l'objet d'une systématisation aussi poussée que dans un ouvrage français. Cette observation devra être présente à l'esprit lorsque l'on envisagera de sanctionner une fraude à la loi étrangère au moyen de l'exception de fraude ; il faut en

(1) Dans l'arrêt *Lauritzen v. Larsen*, la Cour a en fait annoncé une analyse statutaire du *Jones Act*, puis elle s'est écartée de son projet pour déterminer une règle de conflit. Dans une décision ultérieure, le procédé de la règle de conflit a été expressément rejeté ; v. *Romero v. International Terminal Operating Co* 358 US 354 (1959) : « la considération déterminante est celle de l'interaction des intérêts américains et étrangers ». V. également l'arrêt de la Cour d'appel fédérale pour le second circuit *Bartholomew v. Universe Tankships, Inc.* 263 F. 2d 437 (1959) : « Pour commencer... la seule question qui se pose est un problème d'interprétation des lois. Pour cette raison, les techniques traditionnelles du conflit de lois peuvent être plus trompeuses qu'utiles ».

(2) Rappr. GOTHOT, *op. cit.*, p. 242 : « L'unilatéralisme partiel..., s'appliquant donc à certaines lois du for seulement, est peut-être bien en réalité un fait depuis toujours admis. Son expression seule serait nouvelle, parce que plus nombreuses sont les données où on peut l'observer ».

(3) Cette confusion paraît malheureusement s'être introduite en France où l'on en est venu à désigner comme « conflictualistes » les auteurs qui voient dans la règle de conflit le procédé exclusif de solution des conflits de lois, comme si ceux qui ne partagent pas cette opinion avaient d'autres préoccupations que celle de résoudre des conflits de lois.

(4) Ceci expliquerait la constatation selon laquelle le droit international privé français, dominé par la méthode de la règle de conflit, s'est principalement développé dans le domaine du droit de la famille (v. BATIFFOL, préface au « Droit du commerce international » de LOUSSOUARN et BREDIN, p. V).

effet pour cela s'assurer que le système étranger procède par règle de conflit et sanctionne éventuellement lui-même la violation internationale de la loi par l'exception de fraude. Cela est rarement le cas. Si le droit français a été amené à concevoir ce moyen, c'est précisément parce que la règle de conflit peut constituer un instrument de fraude.

B. — LA RÈGLE DE CONFLIT, INSTRUMENT DE FRAUDE.

157. L'existence de règles de conflit dans un système juridique donné est une reconnaissance de ce que ce système ne prétend pas appliquer ses lois de fond de façon universelle. Le système accepte de voir certaines situations échapper à la loi qu'il édicte, parce que la souveraineté qu'il incarne n'est pas, ou est insuffisamment, concernée (1). Par exemple, l'article 3, alinéa 2 du Code civil français dispose que : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française » ; après avoir lu dans ce texte qu'il visait les immeubles sis en France, on a « bilatéralisé » cette règle, en énonçant que la loi applicable à un immeuble est celle du lieu de sa situation. La portée négative pour la loi française de cette règle est claire : bien que les lois françaises sur la propriété et les droits réels immobiliers soient conçues en termes généraux, le droit français ne prétend pas les appliquer à tous les immeubles de l'univers, quand bien même ils seraient la propriété de Français ou quand bien même les tribunaux français viendraient à connaître de contestations à leur égard. Corrélativement, la bilatéralisation de la règle de conflit est une reconnaissance générale et *a priori* du domaine d'application des lois étrangères ayant un certain objet.

158. Le droit étant constitué de règles impératives (ou prohibitives), la tentation est forte d'échapper à ces règles en se plaçant dans une situation où la loi concernée elle-même cesse de se déclarer applicable et reconnaît la compétence d'une loi étrangère. Pour cela, il suffit au sujet de créer l'élément international qui met en œuvre la règle de conflit et conduit à l'application d'une loi étrangère plus permissive. Ainsi le sujet se trouvera hors d'atteinte de la loi qui le gêne *et cela de par la volonté même de cette loi*. On mesure le renfort que peut apporter à la violation internationale de la loi un système qui procède par règles de conflit. Au premier facteur facilitant une telle violation à savoir le caractère juridique du moyen employé, s'ajoute un facteur capital : le soutien de la loi fraudée elle-même. Rarement la fraude ne dispose d'autant d'atouts en faveur de sa réussite.

(1) *Supra*, n° 77.

159. Encore faut-il, a-t-on écrit, pour que la fraude soit possible, que la *volonté* joue un rôle dans l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit. Ainsi la règle évoquée selon laquelle la loi applicable à un immeuble est la loi du lieu de sa situation ne se prête pas à la fraude ; il ne dépend pas de la volonté des individus de situer un immeuble à leur convenance pour le soumettre à la loi qu'ils préfèrent (1). De même, la règle de conflit qui soumet les délits à la loi du lieu de survenance ne se prête pas à la manipulation ; car il ne dépend pas de la volonté que le délit survienne en tel lieu plutôt que dans tel autre (2). Par contre, la fraude à la loi par utilisation de la règle de conflit serait possible en matière de meubles : on transporte un meuble à l'étranger pour le soumettre à une loi plus favorable. Elle serait également possible en matière de statut personnel, car il dépend de la volonté des parties de changer de nationalité, ou de domicile, voire de religion (3). Elle serait enfin possible en matière d'actes juridiques, si l'on admet la règle de conflit selon laquelle la loi applicable à un contrat international est la loi désignée par les parties.

160. Il semble cependant que l'affirmation selon laquelle la fraude à la loi par utilisation de la règle de conflit est possible chaque fois que le rattachement adopté dépend de la volonté individuelle doit être précisée et restreinte. Il paraît plus exact de dire qu'une telle fraude n'est possible que lorsque l'élément de rattachement prend en considération une *déclaration de volonté*. Dans ce cas seulement, la règle de conflit se prête à la fraude ; car elle permet au sujet une affirmation qui ne correspond pas à la réalité et fait dépendre l'application de la loi impérative, d'une manière plus ou moins directe, de sa déclaration de volonté. Il convient, pour démontrer cette proposition, de passer en revue les différents domaines de l'activité juridique dans lesquels on a pu identifier un rattachement se prêtant à la fraude : le statut des meubles, le statut personnel, les actes juridiques ; on doit y ajouter le statut des personnes morales, qui participe de celui des personnes physiques et de celui des actes juridiques. La distinction de la volonté et de la déclaration de volonté permet notamment de rendre compte d'une distorsion entre la doctrine traditionnelle et le droit positif, celui-ci ne donnant pas d'exemple de fraude dans un cas où la doctrine était amenée à la prévoir.

(1) On voit même dans ce facteur « un des éléments de la faveur que connaît en jurisprudence la loi réelle immobilière » (BATIFFOL-LAGARDE, n° 371).

(2) La seule fraude concevable en cette matière est par *forum shopping*, mais des raisons pratiques, à savoir la difficulté d'exécuter la décision, rendent cette fraude peu praticable.

(3) V. Trib. conflits de Syrie, 12 juin 1925, *Rev. crit.*, 1926.84 (cité par BATIFFOL-LAGARDE, n° 371).

161. 1) *Le statut des meubles.* — On a écrit que la fraude était possible en matière de statut réel mobilier parce que l'élément de rattachement dépend de la volonté : il suffit de déplacer le meuble pour le soumettre à un statut plus favorable. Pourtant, il est sans exemple que la jurisprudence ait jamais fait application de l'exception de fraude à la loi en matière de statut des meubles. Cette discordance s'explique par la distinction entre la volonté et la déclaration de volonté. Il dépend effectivement de la volonté des individus de transporter un meuble à l'étranger pour le soustraire à un régime contraignant. Mais si ce déplacement est *effectif*, on ne saurait voir là une fraude à la loi ; car si l'on n'est pas libre d'échapper à une loi impérative dont les conditions d'application sont réunies, rien n'interdit de ne pas se placer dans le champ d'application de la loi. S'agissant de la loi applicable à un meuble, on peut donc dire que de deux choses l'une : ou bien le meuble se trouve *habituellement* dans le ressort du for, et la loi du for lui est applicable (1) ; ou bien il ne s'y trouve pas (ou plus), et la loi du for ne doit pas s'appliquer : c'est même elle qui commettrait dans une certaine mesure un abus de souveraineté en s'appliquant dans ce cas. Pour que la fraude à la loi fût possible en matière de meubles, il faudrait que l'on permît aux intéressés de se soustraire à la loi du for sur leur seule *affirmation* que le meuble est à l'étranger ; car ce faisant, on ferait dépendre l'application de la loi impérative d'une déclaration qui peut être mensongère. Le for qui se contenterait d'une telle affirmation renoncerait pratiquement à faire respecter sa loi.

162. On pourrait objecter à ce qui précède que la fraude à la loi existe en matière de meubles : c'est même la plus connue d'entre toutes les fraudes de droit international, celle des *pavillons de complaisance*. Mais loin d'infirmar la thèse défendue, cet exemple la démontre. Si la fraude est possible en matière de navires, ce n'est pas parce qu'il s'agit de meubles, mais parce que ces meubles sont traités comme des personnes et qu'on leur prête une « nationalité » par le biais de l'*immatriculation*. C'est l'immatriculation qui rend possible la fraude, parce que l'immatriculation fait (indirectement) dépendre la loi applicable au navire d'une déclaration de volonté du propriétaire. Sans elle et sans l'admission par la loi fraudée de la règle de conflit qui soumet le navire à la loi du pavillon, la fraude serait impossible : l'affirmation selon laquelle tel navire est un navire panaméen et non un navire américain n'aurait d'autre portée que celle qui consiste à affirmer qu'un meuble ne se trouve pas dans le ressort du for alors qu'il s'y trouve ; précisément, le navire en question effectue l'essentiel de son trafic entre ports

(1) La précision tenant à la situation *habituelle* du meuble est indispensable pour parer à la fraude que permettrait un déplacement temporaire (hypothèse envisagée notamment par D. ALEXANDRE, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, Paris, 1970, n° 333, p. 304).

américains, bien que ses propriétaires aient choisi de le placer sous l'empire d'une loi étrangère. Ce qui rend donc possible la fraude des pavillons de complaisance, c'est la règle de conflit, dans son aspect bilatéral, par laquelle un Etat reconnaît la « nationalité » étrangère de tous les navires qu'il n'a pas immatriculés (1). Et comme l'immatriculation des navires dans certains pays ne repose sur d'autre lien que la volonté exprimée par les propriétaires, la porte est ouverte à la fraude. S'il en est ainsi, c'est parce que le meuble que constitue un navire cesse d'être considéré comme tel pour être assimilé à une personne, dotée d'un statut non territorial.

163. 2) *Le statut personnel.* — Le statut personnel des personnes physiques se prête à la fraude, dans la mesure où le rattachement choisi fait la part à une déclaration de volonté. Selon que le sujet peut désigner par une déclaration de volonté le rattachement retenu et selon la portée que la loi du for prête à cette désignation, la fraude à la loi par utilisation de la règle de conflit est plus ou moins possible et efficace. A cet égard, il convient de distinguer les deux rattachements traditionnels, qui sont la nationalité et le domicile ; mais les conclusions que l'on peut en tirer quant à la possibilité de fraude ne sont pas celles que l'on dégage habituellement. Car il s'avère que le rattachement du statut personnel à la nationalité prête théoriquement davantage le flanc à une fraude « parfaite » que le rattachement au domicile.

164. En matière de *nationalité*, le déplacement volontaire du point de rattachement s'opère au moyen d'une déclaration de volonté reçue par une autorité publique (naturalisation). Mais encore faut-il, pour que cette déclaration de volonté permette à l'individu de se soustraire à l'application de la loi, c'est-à-dire pour que la fraude à la loi par utilisation de la règle de conflit soit efficace, que la loi fasse produire effet à cette déclaration de volonté. Lorsque les auteurs ont décrit la fraude à la loi par changement de nationalité, ils paraissent avoir en général omis cette précision capitale qu'une telle fraude n'est techniquement impeccable qu'autant que la loi évincée dispose que l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère fait perdre la nationalité qu'elle confère (2). Si tel n'est pas le cas, la règle de conflit qui soumet le statut personnel à la loi nationale conduit encore à la loi du for, puisque dans un conflit de nationalités mettant en jeu celle de l'autorité saisie, c'est généralement celle-ci qui prévaut (3). Si la fraude est parfois possible, c'est parce que la loi évincée donne effet — ici de façon médiate et par l'intermédiaire des lois sur la nationalité — à une simple déclai-

(1) Sur les raisons de l'attitude des Etats qui ne sanctionnent pas cette fraude à leur loi, v. *supra*, n° 96.

(2) Il en était par exemple ainsi en France sous l'empire de l'art. 17-1° C. civ., abrogé en 1889.

(3) V. *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Nationalité*, par P. LAGARDE, nos 27 à 32.

ration de volonté. Or une déclaration de volonté peut être mensongère ; dans le cas de la nationalité, le sujet peut demander la nationalité d'un Etat étranger et renoncer ainsi à sa nationalité d'origine, sans cesser de se comporter comme un national de son ancienne patrie (notamment en continuant à y résider) ; dans ce cas, il y a fraude à la loi par utilisation de la règle de conflit (1).

165. Lorsque le statut personnel est rattaché au *domicile*, la fraude à la loi est également possible, mais contrairement à l'opinion répandue, elle n'est pas plus efficace que lorsque le statut personnel est rattaché à la nationalité. Si l'on entend par fraude à la loi l'action qui consiste à se placer délibérément sous l'empire d'une loi étrangère, la fraude n'est ni plus ni moins facile dans un cas que dans l'autre. Si l'on entend par fraude à la loi celle qui tente de se parer de régularité dans le ressort de la loi évincée en se recommandant de la règle de conflit, celle contre laquelle on est tenté de recourir à l'exception de fraude tant elle est juridiquement élaborée, la fraude à la loi n'est pas facilitée par le rattachement au domicile. Bien au contraire, *le rattachement à la nationalité facilite plus fréquemment la fraude que le rattachement au domicile* : car si l'on connaît des exemples de législations disposant (ou ayant disposé) que la nationalité par elles conférée se perd par l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère (voire par la renonciation directe), donc par une déclaration de volonté, il n'existe semble-t-il de disposition analogue dans aucun pays pour le domicile (2). Par conséquent, lorsqu'un individu va divorcer dans un Etat où l'on acquiert un domicile par une simple déclaration, puis tente de déduire les conséquences de son nouveau statut dans le ressort de la loi compétente évincée, la violation internationale de la loi qu'il commet ne se recommande pas de la règle de conflit, ou ne s'en recommande, si l'on peut dire, qu'à moitié ; car si le sujet a bien dans ce cas trouvé une autorité publique étrangère complaisante pour le reconnaître comme domicilié, la loi dont il relevait n'a pas formellement cessé de se déclarer applicable. Le serment par lequel un individu a affirmé son intention de bonne foi de se fixer dans le Nevada n'a dans le ressort de son véritable domicile que la portée qu'on voudra bien lui prêter lors d'une contestation éventuelle (3). Au contraire, le Français qui, avant 1889, perdait cette qualité par l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère (anc.

(1) Ce qui ne signifie pourtant pas qu'il soit indispensable de recourir à l'exception de fraude, ainsi qu'il sera montré plus loin.

(2) Il peut exister une réglementation de police dans un Etat donné sur l'acquisition ou la perte du domicile ; mais la portée de celle-ci pour la détermination du statut personnel de droit privé est sans commune mesure avec celle d'un changement de nationalité.

(3) V. Civ., 22 janv. 1951, *Weiller*, préc. : « Attendu... que la dame Weiller... a manifestement procédé à un simulacre d'établissement de domicile dans l'Etat de Nevada... ».

art. 17-1^o, C. civ.), pouvait présenter aux tribunaux français une argumentation plus difficile à réfuter, reposant sur l'abandon exprès de sa compétence par le droit français. Cette analyse permet d'expliquer pourquoi les systèmes qui rattachent le statut personnel au domicile n'ont pas éprouvé le besoin d'« inventer » l'exception de fraude à la loi : outre que dans ces pays la règle de conflit n'a en général pas fait l'objet d'une systématisation aussi développée qu'en France, l'application pure et simple de la règle de conflit permet de sanctionner la fraude à la loi ; car le rattachement au domicile ne permet normalement pas de s'affranchir de la loi par une simple déclaration de volonté.

166. 3) *Les actes juridiques à but patrimonial.* — Le lien entre la règle de conflit et la possibilité de fraude apparaît de la manière la plus évidente en matière d'actes juridiques, si l'on considère la règle de conflit d'après laquelle la loi applicable à un contrat international est la loi désignée par les parties. Car si l'on admet cette règle telle quelle, on fait d'une déclaration de volonté des parties l'élément même de rattachement. Alors que pour l'immatriculation d'un navire, ou le changement de nationalité ou de domicile d'un individu, il fallait accomplir une démarche auprès d'une autorité étrangère (réputée peu regardante), la déclaration de volonté est ici le seul élément de rattachement ; la possibilité théorique de fraude est à son comble. Seules des considérations pratiques font qu'elle est relativement peu fréquente, et notamment l'antagonisme d'intérêts qui sépare normalement les parties. Mais avec le développement des lois d'ordre public économique, l'antagonisme peut s'effacer devant une volonté commune d'éliminer une loi gênante ; c'est la raison pour laquelle moins que jamais, la règle de conflit de la loi d'autonomie ne devrait être énoncée sans restriction (1).

167. Si l'élément de rattachement est une déclaration de volonté des parties, toutes les fraudes à la loi sont possibles. Il est facile d'internationaliser objectivement un contrat, mais de la manière la plus formelle, par exemple en allant le conclure à l'étranger. Aussi, dès lors qu'il existe une seule règle impérative en matière de conventions — et le contraire est inconcevable — on ne peut tolérer sans restriction la règle de conflit de la loi d'autonomie ; car ce serait remettre l'application de la loi impérative au bon vouloir des individus. On réduirait à néant le domaine d'application de la loi impérative en permettant aux contractants de lui substituer telle loi étrangère qu'il leur plairait de se donner. C'est pourquoi

(1) Dans une matière comme celle des conventions matrimoniales également, les intérêts sont suffisamment convergents pour que l'on n'énonce pas le principe de la loi d'autonomie sans l'assortir de la réserve de la fraude ; v. Trib. civ. Colmar, 12 juin 1951, *Rev. crit.*, 1952.315, note Loussouarn.

les auteurs subjectivistes les plus convaincus sont obligés de réserver la fraude à la loi, que ce soit de façon expresse ou détournée. L'un d'eux, hostile par principe à une théorie de la fraude, précise néanmoins que le principe de la loi d'autonomie ne doit être respecté que si le contrat est « *réellement* international » (1). Mais il ne suffit pas de souligner un mot pour remplacer une définition (2) ; mieux vaut convenir que l'énoncé du principe de la loi d'autonomie ne peut pas ne pas être assorti de la réserve de la fraude. Ou alors il faut, suivant une démarche inverse, contenir la liberté des parties dans des limites objectives. Il semble que l'on peut résumer ainsi la démarche poursuivie par un éminent auteur dans une étude devenue classique (3). Pourtant favorable en principe à la liberté des parties, il qualifie la règle de conflit traditionnelle d'une manière qui retire incontestablement beaucoup de sa portée subjective. Pour lui, « l'objet propre de la volonté des parties est la localisation du contrat, non le choix de la loi » (4). Or la localisation du contrat procède d'une analyse objective. Dans cette analyse, si l'on prend encore en considération une déclaration de volonté des parties quant à la loi applicable, c'est dans la mesure où ce choix n'est pas contredit par l'économie de l'opération ; en d'autres termes, le juge s'assure qu'il n'existe pas une discordance trop forte entre l'un et l'autre, ce qui serait vraisemblablement le signe d'une fraude. On s'éloigne beaucoup dans cette conception de la règle de conflit traditionnelle, et l'on peut regretter que les juges sacrifient parfois à l'élégance et à la concision en ne fondant leur décision que sur celle-ci. Il paraît en effet exclu qu'ils ne se soient pas assurés avant d'entériner le choix des parties qu'une loi impérative (ou d'ordre public, ou d'application immédiate, comme il plaira) n'a pas « préempté » la question et soustrait celle-ci à la liberté que le caractère international de l'opération permettait d'envisager. Il serait sans doute préférable que les décisions portent la trace de ce cheminement et ne présentent pas comme une liberté absolue ce qui n'est qu'une liberté chaque jour plus étroitement surveillée (5). Bien des discussions doctrinales seraient ainsi évitées (6).

168. Ce qui vient d'être dit des actes juridiques peut être rapproché de ce qui a été dit précédemment du statut des meubles. Le pouvoir de localiser le contrat est de même nature que le pouvoir de transporter un meuble dans le pays de son choix pour bénéficier

(1) RABEL, t. II, p. 430 (souligné dans le texte).

(2) Sur la difficulté de définir la situation interne et la situation internationale, v. *supra*, n° 111 ; *adde* : LOUSSOUARN et BREDIN, n° 511.

(3) BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats* 1938.

(4) BATIFFOL, *op. cit.*, nos 44 et 45 ; *Traité*, 3^e éd., n° 571 et 572.

(5) Le principe de la liberté demeure, mais le déclin de l'autonomie de la volonté n'a plus à être souligné.

(6) Rappr. LOUSSOUARN et BREDIN, n° 510. Sur l'ensemble de la question, v. *infra*, II^e Partie, Titre III.

d'une législation favorable (1). Dans l'un et l'autre cas, la *volonté* joue un rôle dans le choix de la loi applicable. Mais ce rôle est parfaitement légitime. Ce que l'on ne peut tolérer, c'est qu'une *déclaration de volonté* détermine à elle seule, sans aucun support objectif, la loi applicable. Pas plus qu'il n'est normalement permis d'affirmer faussement qu'un meuble se trouve à l'étranger pour le soustraire à une loi impérative, il ne devrait être permis de faire régir certains contrats ou certaines clauses, impérativement réglementés, par une loi étrangère plus permissive. Cela ne signifie pas que les hésitations ne soient pas permises et que toute liberté de manœuvre soit retirée aux individus : une personne peut être effectivement domiciliée dans deux Etats et ses meubles être réputés dans chacun d'eux (*vrai conflit*). De la même manière, en matière d'actes juridiques, toutes les nuances sont possibles entre les opérations ayant un lien ténu, secondaire, moyen, important ou prépondérant avec un Etat donné. C'est cette variété qui explique et justifie qu'un certain rôle soit reconnu à une déclaration de volonté des parties quant à l'applicabilité de la loi impérative ; il leur est permis par une telle déclaration de faire pencher la balance en faveur de telle loi plutôt que de telle autre. Mais l'objet principal de leur volonté n'est que la localisation du contrat. Cette analyse emporte condamnation des théories extrêmes, quelles soient objectivistes ou subjectivistes, qui reposent sur des préjugés et non sur l'observation des faits.

169. 4) *Le statut des personnes morales.* — C'est une question traditionnellement débattue que celle de la loi applicable à une société. Un bref examen des différents rattachements retenus permet de montrer le lien entre la règle de conflit et la fraude à la loi en cette matière. On peut, pour les besoins de cette démonstration, répartir ces critères en deux groupes, selon que la déclaration de volonté des associés sera ou non déterminante (2). Dans le premier groupe figurent le choix pur et simple de la loi applicable par les fondateurs, le siège social statutaire, le lieu de constitution de la société ; dans le second groupe, le siège social réel et le contrôle. L'opposition entre ces deux groupes peut elle-même être réduite, pour les besoins de la présente discussion, à une opposition entre le système de l'« incorporation », d'inspiration subjectiviste, et le système du siège réel, d'inspiration objectiviste. Il est facile de montrer que la règle de conflit du lieu d'incorporation est insoutenable sans réserve, parce qu'elle serait le véhicule de toutes les fraudes, tandis que la règle de conflit du siège réel interdit toute fraude ; cela parce que dans le premier cas, on s'en remettrait à une déclaration de volonté des individus quant à l'applicabilité

(1) *Supra*, n° 161.

(2) Sur l'ensemble de la question, v. LOUSSOUARN et BREDIN, n°s 243 et s.

de lois impératives, tandis que dans le second cas, c'est au plus une déclaration de volonté confrontée à sa traduction dans les faits — à savoir le centre d'intérêts effectif de la société — qui est prise en considération.

170. Le for qui accepterait sans restriction la règle de conflit de l'*incorporation* ferait de toutes les lois locales sur la réglementation des sociétés des lois supplétives ; car il suffirait alors aux dirigeants d'exprimer la volonté d'incorporer la société à l'étranger pour échapper aux lois du for. L'expérience indique que certains Etats accueillent volontiers les sociétés qui désirent se constituer sous l'empire de leur loi, laquelle se caractérise par un extrême libéralisme. Les possibilités de fraude sont donc telles, que le principe de l'*incorporation* ne peut être appliqué sans restriction dans un Etat qui se soucie de faire respecter ses lois (1). Dans les pays où le principe est affirmé, les autorités ne manquent pas d'édicter des dispositions applicables aux sociétés « étrangères », ou de leur appliquer la loi locale au titre de l'ordre public (2). On peut rapprocher cette attitude de celle des tribunaux français lorsqu'ils déclarent que la loi applicable à un contrat international est la loi désignée par les parties. Réciproquement, dans un système où l'on applique aux sociétés la loi du *siège social réel*, toute fraude à la loi de droit international est paralysée ; car la règle de conflit ne considère pas comme déterminante la déclaration de volonté résultant de la désignation statutaire du siège social. On s'assure que celle-ci n'est pas en contradiction flagrante avec la répartition des intérêts économiques de la société. Tant que le juge ne s'est pas prononcé, la fixation du siège social à l'étranger n'a que la valeur d'un vœu, au même titre que la désignation de la loi applicable à un contrat. Et comme en matière de contrat, on respectera en principe la volonté des individus, telle qu'elle s'exprime dans la fixation du siège social. Mais cette liberté s'exerce dans les limites objectives : l'objet propre de la volonté, c'est la localisation des activités de la société, non le choix de la loi applicable. Une fois encore se vérifie le lien entre la possibilité de fraude et la prise en considération d'une déclaration de volonté par la règle de conflit.

171. Le rapprochement de ce qui vient d'être dit quant aux rattachements possibles pour la détermination du statut des personnes morales, et de ce qui a été dit précédemment du rattachement pour le statut des personnes physiques permet d'observer une « permutation » intéressante entre les systèmes de droit international

(1) Il en est ainsi que ce principe soit appliqué comme tel (v. LOUSSOUARN et BREDIN, n° 246 *in fine*), ou *a fortiori* sous une forme encore plus libérale, c'est-à-dire sans même qu'il soit besoin d'« incorporer » la société à l'étranger (v. LOUSSOUARN et BREDIN, nos 245 et 247).

(2) V. *infra*, nos 526 et 527. Rappr. BATIFFOL-LAGARDE, n° 193, p. 239-40.

privé continentaux et les systèmes de *common law*. Chaque système adopte pour la détermination du statut des personnes physiques un rattachement du type adopté par l'autre pour la détermination du statut des personnes morales, avec les conséquences qui s'y attachent respectivement quant aux possibilités théoriques de fraude par la règle de conflit. Il n'est pas abusif d'assimiler par exemple la technique française du siège social en matière de sociétés à la technique anglo-saxonne du domicile pour les personnes physiques. Elles se recommandent de la même souplesse et interdisent l'une et l'autre à la fraude de se réclamer de la règle de conflit. Le siège social n'est pas défini plus clairement que le domicile ; aucun système ne dit quand un individu cesse formellement d'être un *domiciliary*. L'Américain qui va passer six semaines dans le Nevada pour y divorcer n'est jamais tout-à-fait certain que ce divorce sera reconnu dans l'Etat de son domicile réel, au moins si son conjoint conteste ce divorce dans un délai assez bref. De la même manière, les fondateurs d'une société ayant des liens fonctionnels étroits avec la France, mais qui ont choisi de la constituer sous l'empire d'un droit étranger, ne peuvent être certains que la loi française ne sera pas déclarée applicable si une contestation vient à s'élever en France (le contraire est même probable). En doctrine, les auteurs français reprochent volontiers à la loi du domicile pour la détermination du statut des personnes physiques son incertitude, et à la loi du lieu d'incorporation pour les personnes morales, son formalisme qui prête à la fraude. De leur côté les auteurs américains dénoncent la rigidité de la nationalité comme rattachement du statut des personnes physiques et l'incertitude du siège social réel en ce qui concerne les personnes morales. En fait, ces divergences n'empêchent pas les solutions du droit positif d'être remarquablement analogues ; dans tous les cas, la règle n'est qu'un principe, assorti dans son application de multiples nuances (1). Il demeure qu'entre le principe et les exceptions se produit une permutation, que l'on ne saurait constater sans en suggérer l'explication. Les pays qui ont rattaché le statut personnel des personnes physiques à la nationalité et le statut des personnes morales au siège social réel étaient des pays d'émigration (Italie, Allemagne), ou qui ne se distinguaient pas par leur dynamisme commercial... Au contraire, les pays qui ont soumis le statut personnel des personnes physiques à la loi du domicile et le statut des personnes morales à la loi du lieu d'incorporation étaient des pays d'immigration et exportateurs de sociétés : le cas des Etats-Unis est topique (2).

(1) *Infra*, II^e Partie, Titre II (personnes physiques) et Titre IV (personnes morales).

(2) Celui de l'Angleterre, qui pourrait paraître infirmer cette explication, ne la dément pas. Il n'est pas douteux que l'Angleterre a été un pays « exportateur » de sociétés. En ce qui concerne les personnes physiques, c'est un pays d'émigration, mais qui soumet le statut personnel à la loi du « domicile ». Le paradoxe n'est qu'apparent, car la notion de *domicile of origin* du droit anglais est très

172. Il apparaît donc que de la formulation d'une règle de conflit dépend la possibilité pour les individus de parer une violation internationale de la loi d'une apparence de régularité particulièrement forte. Cette possibilité dépend plus précisément de la prise en considération d'une déclaration de volonté du sujet, qui pourra dans certains cas être mensongère. La possibilité est nulle lorsqu'une telle déclaration n'intervient pas, comme dans le cas du statut des immeubles et dans celui de la loi applicable aux délits, soumis respectivement dans presque tous les systèmes à la *lex rei sitae* et à la *lex loci delicti*. Dans d'autres cas, une déclaration de volonté doit être assortie d'une démarche objective ; mais celle-ci peut n'être qu'une simple formalité, en raison de l'existence de législations tolérantes. La fraude est alors largement possible ; ainsi lorsque l'on déclare soumettre la validité du mariage à la loi du lieu de célébration, celle du divorce à la loi du domicile du demandeur, le statut d'un navire ou d'une société à la loi du lieu d'immatriculation (1). Dans un cas, celui de la loi d'autonomie, l'élément de rattachement est une déclaration de volonté des individus ; toutes les fraudes sont alors concevables et seul l'antagonisme originaire d'intérêt des parties fait que les tribunaux ont rarement l'occasion d'écarter une loi radicalement incompétente. Un système de réglementation des relations privées internationales par règles de conflit, s'il apporte la prévisibilité pour le plus grand nombre de cas, ouvre donc certaines possibilités de fraude. Il dépend du juge de sanctionner ces fraudes lorsqu'il vient à en connaître.

SECTION I

LA SANCTION DE LA FRAUDE A LA LOI DU FOR

173. L'hypothèse est que le juge se trouve confronté à une allégation de violation délibérée de la loi du for par la mise en œuvre d'une loi étrangère. La première question qui se pose est celle de l'opportunité de la sanction. Car même si le sujet paraît avoir délibérément interposé une loi étrangère pour se soustraire à la loi du for, il n'est pas certain que le meilleur parti à suivre soit celui de la sanction (§ 1). Ayant montré pourquoi toute violation délibérée de la loi ne doit pas être sanctionnée, on envisagera successivement les

proche de la nationalité et n'a rien de commun avec le domicile du droit international privé américain, lequel n'est guère consistant. Sur le domicile d'origine anglais, v. DICEY-MORRIS, p. 84 et, pour son illustration, *In Re O'Keefe* [1940] Ch. 124.

(1) Ainsi s'explique notamment le domaine d'application pratique de la notion traditionnelle de fraude à la loi en droit international, que l'on s'est en général borné à constater.

différents moyens de sanctionner une fraude à la loi (§ 2) et les différents moyens de ne pas la sanctionner (§ 3). Etant donné que la fraude peut être sanctionnée ou ne pas l'être, et qu'une fraude sanctionnée peut l'être de différentes manières dont l'une ne fait pas appel à la notion de fraude, il n'y a pas lieu de consacrer un développement spécial aux *effets* de la fraude. Lorsque celle-ci est sanctionnée, la portée de la sanction ne peut être que l'inopposabilité et non l'annulation, puisqu'il s'agit en toute hypothèse de se prononcer sur l'effet de droits acquis par l'application d'une loi étrangère et qu'il n'appartient pas à un juge donné d'annuler les actes passés par une autorité publique étrangère (1).

§ 1. — L'opportunité de la sanction

174. La sanction d'une violation internationale de la loi passe par la détermination préalable de ce que la loi est violée. On pourrait voir dans cette affirmation un truisme, si l'on ne savait qu'il existe des degrés dans la violation internationale de la loi et qu'en particulier dans les questions d'état la mesure de la violation varie avec

(1) Dans le cas où les parties à un contrat auraient par fraude désigné une loi étrangère comme devant régir celui-ci, le juge déclarerait à juste titre ce contrat nul ; mais une telle fraude n'est pas de droit international (*supra*, n° 122).

C'est donc improprement que certains demandeurs ont poursuivi l'« annulation » d'actes intervenus à l'étranger. Le Tribunal de la Seine l'a justement relevé en ces termes dans l'affaire de *Beauffremont* : « ... le tribunal n'a pas à décider que les actes dont la nullité est poursuivie demeureront valables ou seront désormais sans effets dans l'étendue des territoires qui échapperaient à la... souveraineté française ; ... il n'a même pas à examiner quelle peut être leur valeur intrinsèque au regard de la loi étrangère sous l'empire de laquelle ils sont intervenus (Trib. civ. Seine, 10 mars 1876, S., 1876.2.249). Un an plus tard, dans une affaire de même nature, il précisait : « (L) le droit des tribunaux français [de ne pas donner effet à la naturalisation de l'intéressé] ne porte aucune atteinte au principe de l'indépendance respective des souverainetés ; ... leurs décisions n'invalident pas l'acte émané de la puissance étrangère qui en lui-même échappe à leur contrôle ; ... elles se bornent à lui refuser effet au regard des personnes qu'il ne peut lier et pour lesquelles il est non avenu, ou à l'encontre de la loi nationale dont elles doivent maintenir l'autorité » (Trib. civ. Seine, 31 janv. 1877, *Vidal*, D., 1878.2.6, *infra*, n° 183). Il est remarquable que la Cour internationale de Justice elle-même, saisie de l'opposabilité à un Etat tiers d'une naturalisation arguée de fraude, se soit interdit d'examiner la validité de celle-ci dans l'Etat naturalisant (*infra*, n° 356).

Quant à la question de savoir quelle devrait être l'étendue de l'inopposabilité (v. *BATIFFOL-LAGARDE*, n° 375 ; *NIEDERER*, *op. cit.*, p. 333), il semble que sa solution doive dépendre de la qualification de vrai conflit ou de faux conflit. Dans le premier cas (hypothèse de type *Weiller*), bien que l'on réaffirme l'applicabilité de la loi du for en parlant de « fraude », il paraît inutile d'imposer l'application de cette loi au-delà de ce qui est nécessaire à la protection des intérêts du for ; dans le second cas (hypothèse de type *Vidal*) il paraît au contraire inutile d'imposer à l'intéressé un statut qu'il n'a cherché que dans un but déterminé.

le temps (1). Au contraire, les auteurs pour lesquels l'application d'une règle de conflit épuise la question du choix de la loi compétente ne se posent pas cette question de l'opportunité de la sanction, parce que dans leur système le syllogisme de la règle de conflit suffit à y répondre. L'étude de la jurisprudence française montrera que l'on est obligé de recourir à divers artifices pour pallier ce que cette conception présente d'insuffisant. Il convient simplement ici, abandonnant tout rattachement de principe, de montrer comment peut s'opérer la détermination objective d'une violation internationale de la loi (A). Lorsque cette analyse conduit à l'identification d'une violation secondaire, on devrait conclure à l'absence de sanction. Mais il se peut que cette violation ne doive son caractère plus formel que substantiel qu'à l'écoulement du temps : au moment où elle est intervenue, c'est délibérément que le sujet avait recouru à une loi étrangère pour évincer la loi du for. La question se pose alors de savoir s'il ne convient pas dans ce cas de sanctionner la fraude pour la fraude, par respect pour l'autorité formelle de la loi (B).

A. — DÉTERMINATION DE LA VIOLATION INTERNATIONALE OBJECTIVE DE LA LOI.

175. L'analyse de la violation internationale de la loi a montré qu'une loi interne donnée subit une violation internationale lorsqu'elle est évincée au profit d'une loi *substantiellement différente* alors que, compte tenu des *rattachements* de l'espèce et des *buts poursuivis* par la loi considérée, celle-ci avait un intérêt prépondérant à s'appliquer. Il n'y a pas lieu de s'étendre sur la comparaison des rattachements, qui varient selon les espèces (2). En revanche, il convient de montrer que toute éviction d'une loi donnée au profit d'une loi étrangère présentant des rattachements inférieurs n'appelle pas nécessairement de sanction : il en est ainsi lorsque l'un des deux autres éléments fait défaut.

176. 1) *La contrariété au fond de la loi étrangère.* — Pour rechercher si la loi évincée est substantiellement méconnue, il ne suffit pas de considérer sa lettre ; il faut envisager le droit positif. En certaines matières, il peut exister une discordance entre les deux, telle que le *droit* du for est en faux conflit avec le droit étranger. Le cas du divorce en droit français est topique à cet égard. Le droit français ne connaît en principe que le divorce-sanction, prononcé pour cause déterminée, et constituant une faute à la charge de l'un des époux ; le divorce par consentement mutuel n'est pas autorisé

(1) *Supra*, Chap. I, n° 35 et s.

(2) Au rebours de la méthode ici appliquée, la méthode de la règle de conflit fait passer au premier plan la comparaison des rattachements et elle le fait de manière abstraite pour un rapport de droit donné, préalablement qualifié.

par la loi. On doit toutefois constater que le divorce par consentement mutuel se pratique couramment en France. Ceci incite à se demander si le juge français doit dans tous les cas refuser de reconnaître un tel divorce prononcé à l'étranger entre Français (1). En faveur de la négative, on peut faire valoir qu'il est inutile de sanctionner ce que l'on tolère en droit interne (2). En faveur de l'affirmative, on répondra que le divorce par consentement mutuel n'est jamais que toléré en France, et ce parce qu'il est pratiquement difficile de s'y opposer ; le refus du législateur d'ériger cette pratique en loi est lui-même significatif du maintien d'une politique législative hostile au divorce, politique qu'il est du devoir du juge de sauvegarder et de réaffirmer lorsqu'il en a l'occasion (3). Ce n'est pas ici le lieu de prendre parti dans le débat. Il suffisait de montrer qu'un divorce obtenu à l'étranger par deux Français de leur consentement mutuel ne peut être systématiquement repoussé. On verra qu'il ne l'est effectivement en général pas (4).

177. 2) *La méconnaissance des buts poursuivis par la loi.* — Il n'est pas absolument nécessaire de sanctionner une éviction de la loi du for au profit d'une loi étrangère lorsque les buts qu'elle vise ne sont pas méconnus ou ont cessé de l'être. Cette proposition peut être illustrée par le droit français du mariage. La loi française édicte des conditions au mariage, sanctionnées par la nullité. Mais certaines irrégularités perdent de leur virulence avec le temps. En édictant des délais de prescription pour toutes les actions en nullité qui peuvent être couvertes par le temps, le législateur a expressément indiqué qu'à partir d'un certain moment on peut considérer que le maintien d'une situation acquise en violation de la loi est préférable à une sanction de cette violation. Il est permis de penser que ce qui vaut pour le droit interne vaut pour le droit international ; dans les deux cas, on peut estimer que « (la) loi n'a pas à être vengée lorsqu'elle a pardonné » (5). Il reste cependant à se demander si certaines violations ne sont pas tellement graves, du fait de leur caractère délibéré, qu'elles doivent être sanctionnées malgré la

(1) En fait, il semble rare, de nos jours, que des époux français qui sont d'accord pour divorcer se rendent dans ce but à l'étranger. Le plus souvent, ils étaient domiciliés de bonne foi à l'étranger au moment du divorce et ont simplement tiré parti du libéralisme de la loi locale ; il se peut également qu'ils se soient déplacés d'un pays étranger à un autre pour changer de législation (v. Trib. civ. Seine, 4 nov. 1954, *Clunet*, 1955.650, note A. P. ; *Rev. crit.* 1956.690, note Loussouarn).

(2) Cette conception paraît avoir inspiré, par exemple, les juges de l'Etat de New York confrontés au même problème (*supra*, n° 94).

(3) A ces considérations opposées se superposent des intérêts humains qui l'emportent sans doute sur celles-ci, un divorce ayant fréquemment été suivi d'un nouveau mariage dont sont nés des enfants ; il est difficile dans ce cas de s'opposer à la reconnaissance du divorce.

(4) *Infra*, II^e Partie, Titre II, n° 447 et s.

(5) MALAURIE, note à la *Rev. crit.*, 1967.539.

prescription de l'action ; c'est le problème de la sanction de la fraude pour la fraude.

B. — LE FACTEUR SUBJECTIF : LA FRAUDE DU SUJET.

178. Dans le cas où l'analyse objective conduit à l'identification d'une violation secondaire de la loi, la démonstration d'une fraude du sujet vient le cas échéant compliquer la tâche du juge disposé à reconnaître les droits acquis à l'étranger. Car s'il est permis de tolérer une violation discrète de la loi écrite, il est difficile de faire preuve de la même indulgence face à une violation dont le caractère délibéré est établi. La discrétion reste un élément de la politique législative la plus tolérante. Cette constatation conduit normalement à énoncer que la fraude corrompt tout, même les règles les plus indulgentes. Lorsque par exemple un Français s'est rendu à l'étranger pour contracter mariage en violation des dispositions impératives de la loi française, le fait que les empêchements tournés aient disparu au moment où les tribunaux français sont saisis de la validité de ce mariage ne devrait pas faire obstacle à la sanction. Cette vue paraît avoir inspiré la Cour d'appel de Paris prononçant la « nullité » du mariage frauduleusement contracté par un Français en Israël dix-huit ans plus tôt et alors cependant que deux enfants étaient nés de l'union (1).

179. Cette solution paraît se recommander de la plus grande moralité : la fraude est sanctionnée pour la fraude. En réalité, il est facile de montrer qu'il n'y a là qu'une apparence. Car lorsque l'intention de fraude qui animait le sujet dans la mise en œuvre d'une loi étrangère incompétente est établie sans équivoque, c'est souvent parce que le fraudeur lui-même, désireux d'échapper à un statut qui lui pèse plus que pourchassé par le remords, étale avec complaisance sa propre fraude (2). Dans ces conditions, la solution répressive que constitue le refus de reconnaître les droits acquis ne fait qu'entériner une nouvelle fraude du sujet. Cette situation n'est pas propre au droit international et c'est pourquoi les moyens d'y remédier n'ont pas à être envisagés ici de manière générale (3). On sait que le droit français a parfois recours dans des situations analogues à un adage coutumier : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans...* Les droits de *common law* paraissent atteindre

(1) Paris, 2 déc. 1966, *Pêcheux, J.C.P.*, 1967.II.15278, obs. R. B. ; *Rev. crit.*, 1967.530, note Malaurie ; *Clunet*, 1968.705, note Audit.

(2) Telle était la situation dans l'affaire précitée ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de Paris. V. un exemple également significatif à l'égard d'une fraude à la loi étrangère (*infra*, n° 258).

(3) Ils seront envisagés en matière de mariage en raison de l'existence en droit français d'une règle matérielle de droit international privé, déduite de l'art. 170 C. civ., qui soulève des problèmes propres (*infra*, nos 372 et s.).

la même fin grâce à la notion d'*estoppel* (1). Qu'il s'agisse de la notion subjective de fraude ou de la notion objective, les moyens de ne pas sanctionner la fraude sont donc aussi importants pour la théorie de la fraude que les moyens de la sanctionner et c'est pourquoi ils doivent être envisagés successivement.

§ 2. — Le mode de sanction

180. La sanction d'une fraude du sujet passe par la détermination préalable de ce que la loi est violée. Cette observation indique qu'il n'existe pas un régime de fond propre à la fraude : un acte est licite ou il ne l'est pas et l'intention qui a pu animer le sujet est indifférente à cet égard. En revanche, la fraude du sujet peut influencer sur la technique de la sanction et il convient d'analyser les hypothèses dans lesquelles on recourt à la notion de fraude pour sanctionner une violation de la loi. A cet égard on sait que le droit interne français connaît une figure particulière : l'*exception de fraude*. Le juge y recourt lorsqu'il désire maintenir en principe un raisonnement qui lui est soumis, sauf à l'écarter en raison du mobile qui anime le sujet. L'exception de fraude à la loi mérite une attention particulière en droit international privé, parce que le raisonnement que le juge peut vouloir maintenir en principe repose sur la règle de conflit bilatérale et que celle-ci est un instrument privilégié de réglementation des conflits de lois (A). Cependant, toutes les décisions dans lesquelles il est fait mention de la « fraude » ne sont pas des applications de l'exception de fraude. Parfois le juge relève la fraude du sujet comme un *élément de fait* confortant l'affirmation de la compétence de la loi du for. Le juge peut être d'autant plus porté à relever la fraude des parties qu'en droit international privé, la sanction de la fraude à la loi se traduit par le refus de reconnaître des droits acquis à l'étranger et que ceci peut paraître un défaut de collaboration internationale. On doit donc distinguer, dans les décisions qui mentionnent la fraude, celles qui s'analysent en une application de l'exception de fraude de celles où la violation internationale de la loi est sanctionnée par l'application unilatérale de la règle de conflit et qui sont de beaucoup les plus nombreuses (B). Ces deux premiers modes de sanction font encore intervenir une règle de conflit. Mais ce procédé n'est pas le seul par lequel peut être résolu un conflit de lois ; on peut également se prononcer de façon directe, *immédiate*, pour l'application de l'une des lois en conflit (2). Ceci indique qu'il est toujours possible de sanctionner une fraude patente sans mentionner celle-ci (C).

(1) *Infra*, n° 259.

(2) *Supra*, n°s 153 et s. C'est pourquoi l'affirmation d'un auteur objectiviste selon laquelle la théorie de la fraude se fonde sur l'interprétation des textes (LIGEROPULO, *op. cit.*, p. 74 et s., et notamment, p. 97) n'est nulle part plus exacte qu'en droit international privé.

A. — LA FRAUDE, FONDEMENT DE LA SANCTION : EXCEPTION DE FRAUDE ET MÉTHODE BILATÉRALISTE.

181. La règle de conflit permet dans certains cas à une violation internationale de la loi de prétendre à une particulière régularité. Il en est ainsi lorsque la rattachement choisi fait intervenir, directement ou indirectement, une déclaration de volonté. Encore lorsque la déclaration de volonté est l'élément de rattachement, la possibilité de fraude est-elle à ce point évidente que l'on n'aura pas de scrupule à écarter cette déclaration et avec elle la règle de conflit, dès lors que la prétention du sujet est manifestement abusive eu égard aux éléments objectifs du rapport de droit : ainsi lorsque l'on pose en principe que la loi applicable à un contrat international est la loi désignée par les parties (1). Lorsque c'est *indirectement* que la règle de conflit prend en considération une déclaration de volonté, notamment parce que le législateur n'a pas pensé en édictant telle disposition à sa combinaison avec telle autre, l'apparence de validité est plus grande et l'on est tenté pour repousser l'argumentation invoquée de recourir à l'exception de fraude. Cette situation est illustrée par l'exemple des divorces frauduleux de Français à l'étranger par changement de nationalité, au siècle dernier. Deux textes séparaient du divorce, avant 1884, les époux français désireux de rompre leur union : l'article 3, alinéa 3 du Code civil, aux termes duquel les lois concernant l'état des personnes régissent les Français (or ces lois ne prévoyaient pas le divorce) et le texte qui leur conférait la nationalité française. Et il se trouvait qu'une seule déclaration de volonté leur permettait d'abattre ces deux barrières : celle par laquelle ils acquerraient une nationalité étrangère, la nationalité d'un pays admettant le divorce ; car en vertu de l'article 17-1^o du Code civil alors en vigueur, l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère faisait perdre la qualité de Français. Dans la mesure où un seul Etat autorisant le divorce accordait sa nationalité sans souci d'un rattachement effectif, la faculté de divorcer était remise, bien involontairement, par la loi à une déclaration de volonté ; l'état des personnes se trouvait transporté dans le domaine de l'autonomie de la volonté. Encore fallait-il que les sujets s'en avisent et que les juges consentent à accepter l'argumentation invoquée.

182. Il se trouva plusieurs personnes pour élaborer cette manœuvre. Il s'agissait en général d'époux séparés de corps en France et qui désiraient contracter une nouvelle union. Le moyen leur en fut notamment fourni par la pratique de certains cantons suisses, qui connaissaient l'institution du divorce et qui, semble-t-il, monnayaient leur « nationalité » (« bourgeoisie »). Tous les éléments d'une fraude à la loi de droit international se trouvaient réunis.

(1) *Supra*, n^{os} 166 et s.

Dans un premier stade, une situation interne était régie par une loi impérative : des époux français n'avaient jamais quitté leur pays, dont la loi proclamait l'indissolubilité du mariage. Dans un second stade, un conflit était créé par l'introduction volontaire d'un élément étranger : un des époux, au moins, se transportait en Suisse, le temps d'obtenir la nationalité étrangère. C'était apparemment une affaire de semaines, voire de jours ; il semble même que l'on ait pu changer de nationalité sans avoir à se déplacer (1). Ici se manifeste la corrélation entre l'abus de souveraineté de la part d'un Etat qui exerce sa compétence sans titre suffisant et la fraude à la loi de la part des particuliers qui se placent formellement sous l'empire de cette souveraineté (2). Ici se manifeste également l'intervention d'une autorité publique étrangère, nécessaire à la constitution d'une fraude à la loi de droit international (3). Dans un troisième stade, le sujet retournait en France. Alors, on pouvait parler de fraude de sa part, parce qu'il apparaissait à l'évidence que le conflit qu'il avait créé était un faux conflit ; son attitude démontrait qu'à aucun moment il n'avait eu l'intention de transformer effectivement sa condition de citoyen français en celle de citoyen suisse. Corrélativement, il y avait une violation substantielle de la loi française, celle-ci étant méconnue alors qu'elle avait un titre légitime (et largement prépondérant) à s'appliquer. Si personne n'invoquait l'irrégularité de la situation, la fraude à la loi était consommée ; on peut penser que cela se produisit dans un certain nombre de cas. Si quelqu'un invoquait l'existence du premier mariage, le fraudeur pouvait se retrancher derrière la règle de conflit et l'article 17-1^o du Code civil aux termes duquel il n'avait plus la qualité de Français. Si l'on admettait son raisonnement — mais ce n'était nullement nécessaire (4) — on pouvait pour sanctionner ses agissements recourir à un moyen extraordinaire, l'exception de fraude.

183. Dans une affaire *Desprades*, le mari français était revenu à son ancien domicile en France immédiatement après avoir acquis la nationalité suisse, divorcé et s'être remarié. Sa deuxième épouse étant morte peu après, le sieur Desprades retourna en Suisse pour contracter un troisième mariage (après qu'un officier de l'état civil français ait refusé de célébrer celui-ci). Sitôt remarié, il revint à nouveau en France. A sa mort, et sur la demande de certains héri-

(1) V. l'affaire *Vidal*, *infra*, n^o 183.

(2) *Supra*, n^{os} 40 et s.

(3) *Supra*, n^{os} 121 et s. Dans le cas envisagé, l'autorité publique intervenait une première fois pour accorder la naturalisation (« bourgeoisie ») ; celle-ci ne constituait cependant pas une fin en soi pour le sujet qui s'adressait une seconde fois à l'autorité publique pour divorcer, puis éventuellement une troisième fois pour se remarier.

(4) V. *infra*, n^{os} 198 et s., notamment l'affaire de *Beauffremont*.

tiers, divorce et remariage furent déclarés de nul effet en France (1). Dans une affaire *de Ramondec*, le mari avait obtenu la nationalité suisse « en quatre ou cinq jours », d'après les constatations de la Cour d'appel. Celle-ci déclara son nouveau statut personnel inopposable à sa femme restée française, relevant que l'intéressé n'avait pas perdu son domicile en France, ni acquis un domicile en Suisse (2). Cela était effectivement de nature à rendre suspect le désir d'établissement à l'étranger qui doit accompagner le changement de nationalité. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation rejeta celui-ci (3). Une affaire *Vidal* fournit enfin un exemple de concert frauduleux entre les époux. Ceux-ci, Français vivant à Paris et parents de deux enfants, étaient séparés de corps depuis 1866. En 1874, le mari sollicita la naturalisation du canton de Schaffouse ; sa femme se joignit à sa demande, mais les époux ne firent rien pour que le bénéfice de cette naturalisation soit étendu à leurs enfants mineurs. La même année, la naturalisation leur fut accordée et un divorce prononcé ; il semble qu'à aucun moment le mari n'avait pris la peine de quitter Paris. En janvier 1875, la femme contracta un nouveau mariage à Paris. Sur la demande de Vidal, qui s'était ravisé, la naturalisation fut déclarée inopposable en France (4).

184. Dans ces trois affaires, les naturalisés avaient perdu la nationalité française par l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère. Du reste, les tribunaux n'ont pas mis à néant ces naturalisations, ce qui n'était pas en leur pouvoir ; ils ont déclaré ces naturalisations inopposables en France et ont fait application du statut personnel français aux intéressés pour les besoins de la cause (5). Pour ce faire, ils ont invoqué l'exception de fraude à la loi : l'opération réalisée par le fraudeur était formellement régulière ; mais elle était viciée par un mobile impur, qui était d'échapper à la loi française sur le mariage tout en continuant de jouir dans les faits de la qualité de Français ; cette intention était démontrée par le retour en France de l'intéressé aussitôt après son changement d'état. La situation n'était valide que parce que l'agent avait exercé la faculté de changer de nationalité à des fins autres que sa fin normale (6). Il était capital de paralyser cette fraude, car l'exemple

(1) Cass., 18 déc. 1845, S., 1846.1.100 ; v. également Civ., 25 mars 1889, *Clunet*, 1889.642.

(2) Toulouse, 27 juill. 1874, S., 1876.2.149.

(3) Cass., 19 juill. 1875, S., 1876.1.289.

(4) Trib. civ. Seine, 31 janv. 1877, D., 1878.2.6, confirmé par Paris, 30 juin 1877, même réf.

(5) V. *supra*, n° 173. Cette décision et celles qui précèdent paraissent indiquer que l'affaire *Weiller* n'a pas inauguré les actions en inopposabilité.

(6) Cette fin normale est la possibilité pour le sujet de s'expatrier. Dans le cas de l'article 17-1° du Code civil, il semble que ses rédacteurs y voyaient davantage une sanction contre le sujet qui se faisait naturaliser. Il reste que cette mesure réalisait une fin souhaitable, en ce qu'elle évitait l'allégeance perpétuelle.

donné était une source de subversion pour l'ordre juridique. La gravité du danger et le caractère du moyen utilisé pouvaient justifier le recours à un mode de sanction extraordinaire : l'exception de fraude à la loi. Cependant, le recours à ce moyen ne s'imposait que dans la mesure où l'on maintenait en principe la règle de conflit bilatérale déduite de l'article 3, alinéa 3 du Code civil. Celle-ci permet de présenter un règlement de conflit d'une relative simplicité. Mais les partisans du procédé de la règle de conflit ne doivent pas se dissimuler son caractère à certains égards sommaire, rançon de la prévisibilité qu'il permet. Le procédé méconnaît largement l'analyse de la finalité des lois de fond et ce défaut rend nécessaire une dérogation aussi importante que le recours à l'exception de fraude ; celle-ci vise en dernière analyse à rétablir l'autorité des lois dans le domaine pour lesquelles elles ont été édictées, lorsque la règle de conflit vient à la leur retirer.

185. Opposer l'exception de fraude revient en effet à affirmer que la loi du for est applicable à la situation considérée, tandis que la loi étrangère désignée par la règle de conflit bilatérale ne l'est pas. Dans une question d'état, c'est donc affirmer que l'intéressé appartient à la catégorie des personnes pour lesquelles ces lois ont été édictées, par exemple les personnes rattachées à la société française par les liens les plus étroits. Cela concerne au premier chef les nationaux, mais aussi, devrait-on reconnaître, les étrangers qui sont *en fait*, et notamment par un établissement permanent, rattachés à la France par les liens les plus étroits (1). Or d'après la règle de conflit, les lois françaises ne seraient applicables qu'aux « Français ». Ceci implique d'une part que seuls seraient rattachés à la France par les liens les plus étroits les individus ayant la nationalité française, ce qui n'est en fait qu'une présomption ; et d'autre part que tous ceux qui sont rattachés à la France par les liens les plus étroits ont la nationalité française, ce qui est une présomption encore plus lâche lorsque l'on permet (indirectement) aux intéressés de répudier leur nationalité par une simple déclaration de volonté. La règle de conflit tirée de l'article 3 alinéa 3, du Code civil, si elle se recommande d'une certaine simplicité, repose donc sur une double présomption et ne traduit de ce fait qu'imparfaitement la finalité des lois sur l'état des personnes. C'est pourquoi, en cas de discordance trop flagrante entre la présomption et la réalité des choses, on met à l'écart la présomption et l'on s'affranchit de la règle de conflit (2). L'effet est le même que si l'on revenait au procédé originaire de solution des conflits de lois, le procédé statutaire, en affirmant que

(1) Inversement, la règle de conflit méconnaît le fait que la loi française est *moins* applicable aux Français résidant à l'étranger qu'à ceux qui vivent en France ; sur cette question, v. *supra*, n° 38.

(2) Ou alors il est nécessaire de formuler une règle de conflit différente ; par exemple que la loi applicable aux effets du mariage est la loi sous l'empire de laquelle il a été célébré. V. *infra*, n° 203 et s.

la situation considérée tombe dans le champ d'application de la loi : *statutum non ligat nisi subditos*. L'interdiction de divorcer, avant 1884, était édictée pour les « sujets », c'est-à-dire pour ceux qui entretenaient avec la souveraineté française les liens les plus étroits. Par simplification, on a dit que les lois sur l'état des personnes s'appliquaient aux « Français » (règle de conflit) et l'on s'en est remis aux lois sur la nationalité du soin de définir ceux-ci de façon à comprendre tous les intéressés. Mais si dans tel cas particulier la présomption se trouve démentie, on fait reprendre au fond le pas sur la forme ; tel est en dernière analyse le sens de l'exception de fraude à la loi.

186. Le recours à l'exception de fraude à la loi s'analyse donc par ses effets en un retour au procédé originaire de solution des conflits de lois. Mais ce retour n'est pas proclamé ; au contraire, on ne quitte pas le procédé de la règle de conflit, mais on ajoute une étape au raisonnement (1). Cette observation permet de comprendre le lien *nécessaire* entre l'exception de fraude et la règle de conflit (2). Ce lien est particulièrement mis en évidence par le titre d'un ouvrage « bilatéraliste » : « L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi » (3). Qu'est-ce que la loi *normalement* compétente ? C'est ici la loi qui a été désignée par une *règle* de conflit, la règle de conflit du for (4). On s'explique ainsi que les systèmes de droit international privé qui ne font pas à la règle de conflit la même place que le système français se passent de l'exception de fraude. Dans ces systèmes, la fraude à la loi est sanctionnée par le moyen très simple qui consiste à affirmer le domaine d'application de la loi ; on fait l'économie d'un raisonnement. Par cette méthode, on perd en revanche le bénéfice d'un règlement de conflit qui apporte une large prévisibilité. Ceci conduit à s'interroger sur les caractéristiques de l'exception de fraude, pour en déduire les avantages et les inconvénients de ce mode de sanction de la violation internationale de la loi.

187. Une première caractéristique de l'exception de fraude en tant que mode de sanction d'une violation internationale de la loi, est qu'elle repose sur la démonstration d'une *intention*. L'intention frauduleuse est essentielle à l'exception de fraude : puisque l'on reconnaît en principe la validité de l'argumentation du sujet, on ne peut en paralyser les effets qu'en vertu de considérations subjectives. Or la preuve d'une intention est toujours difficile à apporter et

(1) Sur le mécanisme de la règle de conflit, *supra*, n° 149.

(2) Si l'exception de fraude à la loi ne se conçoit dans un système bilatéraliste, que par rapport à une règle de conflit, toute règle de conflit ne doit pas nécessairement être assortie de la réserve de la fraude ; *supra*, n°s 157 et s.

(3) MAURY, *op. cit.*

(4) Sur le lien entre le mécanisme de l'ordre public et la règle de conflit, v. P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, 1959.

il convient d'avancer avec prudence avant de fonder une sanction civile sur une intention coupable. On a cependant pu opposer à cet argument que la certitude sur certaines intentions « est au moins égale à celle de faits matériels sur lesquels les tribunaux se décident journellement » (1). Si l'on considère cependant les circonstances qui apportent la preuve de l'intention frauduleuse, il s'avère que le domaine de l'exception de fraude est extrêmement étroit. Le schéma chronologique de la mise en œuvre frauduleuse d'une loi incompétente par le sujet indique que l'intention de fraude n'est objectivement établie qu'au troisième stade de la fraude, c'est-à-dire lorsque le sujet exerce dans le ressort de la loi évincée les droits acquis en application de la loi étrangère (2). Par conséquent, on ne peut normalement invoquer sa fraude, en matière d'état, que lorsqu'un certain temps s'est écoulé depuis l'intervention de la loi étrangère et que son comportement pendant ce temps démontre qu'il n'a pas cessé de relever de la loi évincée. Si l'on ajoute que dans les questions d'état, terrain d'élection de la fraude, l'écoulement du temps a également pour effet de rendre la sanction moins appropriée dans de nombreux cas, en raison de la fréquente nécessité de maintenir les situations acquises, il est permis de conclure que l'exception de fraude aura peu d'occasions de recevoir application. Et si d'autre part, l'agent ne déduit pas les conséquences de sa « fraude » dans le ressort de la loi évincée, il vaut mieux éviter de fonder une sanction éventuelle sur son intention frauduleuse ; non pas que l'intention d'échapper à la loi impérative soit toujours absente dans ce cas, mais il est incontestablement moins frauduleux de changer d'établissement pour changer de statut, que de changer de statut sans changer d'établissement. Au demeurant, le sujet n'aura pas pris la peine dans ce cas de modifier le point de rattachement de façon à se prévaloir d'une règle de conflit (3).

188. La seconde caractéristique de l'exception de fraude est précisément qu'elle permet de maintenir en principe la règle de conflit, c'est-à-dire de maintenir l'intégrité d'un système structuré de solution des conflits de lois. On apporte certes une dérogation à l'application normale de ce système ; mais les cas de fraude patente sont rares, et il serait dommage d'écarter toute la construction au motif que celle-ci permet dans certains cas à la violation internationale de la loi de se parer de régularité (4). Ainsi dans le cas du statut personnel, lorsqu'un étranger se prévaut en France de sa loi nationale, il est rare qu'il s'agisse d'un ancien Français ayant changé

(1) BATIFFOL-LAGARDE, n° 372.

(2) *Supra*, Chap. II, n°s 129 et s.

(3) V. par exemple l'affaire *Weiller*, Civ., 22 janv. 1951, préc.

(4) On a cependant peut-être tendance à exagérer la prévisibilité apportée par la règle de conflit, étant donné que la solution du conflit est fonction d'une opération préalable de qualification, souvent délicate, et de l'appréciation finale de l'ordre public lorsque le rattachement conduit à une loi étrangère.

de nationalité dans le but exclusif de se soustraire indûment à la loi française de fond. Mieux vaut donc maintenir une règle pour les cas normaux et une exception — dans les deux sens du terme — pour les cas marginaux. Cependant l'argument vaut surtout pour les cas où le rattachement est suffisamment objectif pour ne pas se prêter à une manipulation. Il en est ainsi de la nationalité ; la naturalisation est un acte suffisamment grave pour que la majorité des individus hésitent à y recourir dans le seul but de frauder la loi. Tel n'est pas le cas lorsque l'élément de rattachement est une déclaration de volonté ; ainsi en matière d'actes juridiques à but patrimonial, lorsque l'on affirme que la loi applicable est celle désignée par les parties : la réserve de la fraude est dans ce cas aussi importante que le principe énoncé. C'est pourquoi l'on peut dire que le domaine de l'exception de fraude est, parmi les matières où la règle de conflit prend en considération une déclaration de volonté, celles où ce rattachement est en outre difficile à manier ; alors, si l'on peut concevoir la fraude, celle-ci est suffisamment rare pour qu'on la sanctionne par un moyen extraordinaire. Lorsqu'en revanche le rattachement se prête à toutes les manipulations, la règle de conflit exprime un principe moins fort et on sanctionnera la fraude sans recourir à l'exception de fraude, mais en soulignant simplement l'existence d'un rattachement prépondérant avec la loi évincée. On peut en pareil cas parler de la fraude du sujet ; mais il ne s'agit pas d'une application de l'exception de fraude ; l'agissement frauduleux du sujet est invoqué à l'appui d'une décision qui se fonde sur la compétence de la loi du for.

B. — LA FRAUDE, SOUTIEN DE LA DÉCISION : APPLICATION UNILATÉRALE DE LA RÈGLE DE CONFLIT.

189. Tandis que les caractéristiques de l'exception de fraude paraissent devoir réduire à peu de cas l'emploi de ce moyen, le terme de « fraude » apparaît régulièrement dans les décisions. Les commentateurs se demandent alors si l'on est ou non en présence d'une application de la « théorie » de la fraude à la loi (la fraude « au sens étroit »). Il est permis de répondre qu'il ne s'agit pas d'applications de l'exception de fraude et que la fraude est invoquée comme un élément de fait accompagnant une application unilatérale de la règle de conflit. Cette réponse ne prête à aucun doute dans le cas où la violation internationale de la loi commise par le sujet ne peut se recommander raisonnablement d'aucune règle de conflit admise par le for, ainsi qu'il sera montré en premier lieu. Elle prête à discussion dans le cas contraire, mais il paraît plus exact de voir dans les décisions la sanction d'une violation de la loi par affirmation de la compétence de la loi du for, toutefois désignée par une règle de conflit. C'est ce que l'on s'efforcera de démontrer en second lieu.

190. 1) Cas où la violation de la loi ne se recommande d'aucune règle de conflit. — Le juge relève parfois la fraude des parties pour sanctionner une violation internationale de la loi, alors que les parties n'ont pas modifié l'élément de rattachement traditionnel et qu'il est donc impossible de présenter cette violation comme régulière en invoquant une règle de conflit. Ainsi lorsque deux jeunes Français vont se marier en Ecosse parce qu'ils n'ont pas l'âge requis, ou parce que l'autorisation de leurs ascendants fait défaut, ils violent la loi française sans qu'aucune règle de conflit puisse conférer à cette violation une apparence de validité. En sanctionnant la violation, le juge relève cependant que les intéressés ne s'étaient rendus à l'étranger que pour échapper à l'application de la loi française, pour « faire fraude » à la loi (1). En matière de divorce également, le juge peut refuser l'exequatur à un jugement étranger rendu en violation de la loi nationale commune des parties en relevant la « fraude » commise par celles-ci (2). Il n'est nullement nécessaire en pareil cas de relever la fraude (3). Celle-ci n'est qu'un élément de fait que le juge retient pour mieux justifier la solution répressive que constitue le refus de reconnaissance d'un acte public étranger.

191. 2) Cas où la violation de la loi peut se recommander d'une règle de conflit. — Il est possible que le juge écarte un raisonnement reposant sur une règle de conflit en invoquant la fraude du sujet, mais sans qu'il faille voir là pour autant une application de l'exception de fraude. Il en est ainsi dans le cas où la formulation de la règle de conflit ouvre un problème de qualification, selon la loi du for ou selon la loi étrangère, du rattachement retenu. Si le juge relève en pareil cas la fraude du sujet, c'est pour mieux justifier la qualification selon la loi du for du rattachement retenu. Mais celle-ci accompagne une application *unilatérale* de la règle de conflit, à laquelle l'exception de fraude est étrangère. Deux exemples permettent d'illustrer ces différentes propositions : celui de la règle de conflit qui soumet le statut personnel à la loi du domicile et celui de la règle de conflit qui soumet une société à la loi du siège social.

192. a) En énonçant que la loi applicable au divorce de deux époux de nationalité différente est la loi de leur *domicile*, la Cour de cassation a pu faire naître une équivoque (4). La loi ne définit pas le domicile comme elle définit la nationalité. La question est alors

(1) V. Trib. gr. inst. Troyes, 9 nov. 1966, *Rev. crit.*, 1967.530, note Malaurie, *Clunet*, 1968.705 et la note.

(2) V. Trib. civ. Bruxelles, 13 janv. 1951, *Clunet*, 1953.438 ; Cass. Belgique, 11 oct. 1957, *Clunet*, 1958.1174, obs. Abrahams.

(3) V. Cass. Belgique, 4 oct. 1956, *Clunet*, 1958.1174, obs. Abrahams.

(4) Civ., 17 avr. 1953, *Rivière*, *Rev. crit.*, 1953.412, note Batiffol. On raisonne ici sur un cas où le droit français prend le domicile pour rattachement. Les développements valent pour les systèmes où le statut personnel tout entier est soumis à la loi du domicile.

de savoir si l'on va admettre comme « domicile » ce qui aura été qualifié tel par un juge étranger, ou si ce domicile doit être qualifié selon la loi française. En adoptant le premier parti, on ouvre la porte à toutes les fraudes, étant donné le laxisme de certaines juridictions ; en adoptant le second, on interdit à une violation de la loi de produire ses effets en France. En énonçant la nouvelle règle de conflit, cependant, la Cour de cassation a pris soin de préciser que les droits acquis à l'étranger devaient l'avoir été « sans fraude » et cette précision a constamment été rappelée depuis. Si une décision refuse l'exequatur à un divorce prononcé entre deux époux de nationalité différente par une juridiction étrangère qui a constaté que les époux étaient domiciliés dans son ressort, au motif que les époux se sont rendus devant cette juridiction pour faire fraude à la loi, on peut donc interpréter cette décision de deux façons (1).

193. On peut y voir en premier lieu une application de l'exception de fraude. Les parties ont bien acquis un domicile à l'étranger, mais elles ne l'ont fait que dans un but de fraude et pour cette raison les droits acquis sont inopposables en France. Telle est sans doute l'interprétation que donnent les auteurs pour lesquels la fraude se distingue de la simulation par la réalité du moyen employé, notamment en matière de transfert de domicile (2). Cependant, cette interprétation se heurte à différentes objections. Il peut paraître un formalisme inutile, en présence d'une violation de la loi dont on sait que l'on va la sanctionner, de commencer par affirmer que la loi est respectée, pour ajouter ensuite que les parties ont respecté la loi pour mieux la tourner. S'agissant d'un transfert de domicile, ce transfert est effectif ou il ne l'est pas ; c'est pourquoi on peut contester l'utilité de le déclarer effectif avant de le priver d'effets parce qu'inspiré par une intention de fraude (3). Au demeurant, cette interprétation paraît en contradiction avec le principe selon lequel ce n'est pas faire fraude à la loi que de ne pas se placer dans son champ d'application (ou de s'y soustraire). Car de deux choses l'une : ou bien le domicile constitué à l'étranger est un véritable domicile, et il doit emporter tous ses effets de droit à l'égard de la loi du for ; ou bien ce n'est pas un véritable domicile, et il ne doit pas être considéré comme tel pour l'application de la règle de conflit. Dans le second cas, le juge n'aura donc qu'à viser l'application de la règle de conflit. Il pourra ajouter que les parties ont tenté de se constituer un domicile à l'étranger pour faire fraude à la loi ; mais il ne s'agit là que d'un argument d'appoint, qui est nullement nécessaire à la décision.

(1) V. Trib. civ. Seine, 6 juin 1962, D., 1962.653, note Malaurie.

(2) V. VIDAL, *op. cit.*, p. 183 et s. (notamment p. 186).

(3) Ce raisonnement est encore plus difficile à admettre si l'on estime que l'*animus manendi*, élément essentiel du domicile, ne peut exister qu'à l'égard d'un seul établissement.

194. Telle est la seconde interprétation possible du type de décision envisagé. La fraude n'est relevée que comme un argument d'appoint, pour mieux justifier la qualification du domicile *lege fori*. Si elle est inutile à la décision, c'est parce qu'une telle qualification referme devant la fraude la porte que le rattachement choisi avait entr'ouverte. Même si le conviction du juge est que les parties se sont rendues devant le juge étranger pour évincer la loi du for, il pourrait se contenter pour refuser l'exequatur à la décision étrangère de viser l'application unilatérale de la règle de conflit. Contrairement à l'apparence, la réserve des « droits acquis sans fraude » de l'arrêt *Rivière* a pour effet d'*objectiver* le critère de rattachement. La précision tenant à l'absence de fraude signifie exactement que le juge de l'exequatur se réserve d'apprécier la *réalité* du domicile d'après ses propres conceptions : on aurait aussi bien pu parler de domicile réel. Lorsque le juge refuse de reconnaître des droits acquis à l'étranger et que sa décision repose sur une appréciation du domicile selon les conceptions locales, il lui paraît nécessaire de se justifier en relevant l'intention de fraude qui animait les parties (1). La fraude dont il est question dans sa décision est un élément de fait à l'appui de celle-ci et non son fondement comme dans l'exception de fraude.

195. b) Cette analyse est entièrement transposable au *siège social* en tant qu'il constitue l'élément de rattachement du statut des sociétés. En déclarant que la loi applicable à une société est la loi du siège social, on entretient la même équivoque qu'en soumettant le statut des personnes physiques à la loi du domicile. S'agit-il du siège social désigné par les parties, on remet pratiquement le droit des sociétés à l'autonomie de la volonté : il suffira de constituer une société dans un pays « libéral » pour s'affranchir de la réglementation du for. Si celui-ci entend cependant faire respecter la loi, il est indispensable de réserver l'exception de fraude. S'agit-il du siège social qualifié d'après la loi du for à la première contestation qui viendrait à s'élever : la fraude à la loi est alors paralysée et point n'est besoin pour la sanctionner de parler de fraude. Le juge se prononce au terme d'une démarche objective, et la fraude qu'il

(1) Cette interprétation est bien illustrée par une des rares décisions américaines dans lesquelles un divorce frauduleux a été déclaré inopposable dans l'Etat du domicile : *Williams v. North Carolina* (2^e arrêt) 325 US 226 (1945). Dans cette affaire, les juges de Caroline du Nord, l'Etat-requis, n'ont pas déclaré que le juge du Nevada était compétent parce que le demandeur avait établi son domicile dans cet Etat, puis que le divorce obtenu devait être déclaré inopposable pour fraude à la loi (exception de fraude). Ils ont constaté que le domicile de l'intéressé avant et après (*supra*, n° 130 et s.) le divorce se trouvait en Caroline du Nord. L'intention des parties, ainsi établie, de se soustraire à la loi locale n'était qu'un élément de fait propre à corroborer l'absence de consistance du domicile « étranger » ou encore l'absence d'*animus manendi* dans l'Etat d'origine de la décision.

pourra mentionner n'est qu'un argument de fait à l'appui de sa décision.

196. Il semble que la jurisprudence française doive être interprétée de la seconde manière, car elle affirme le plus souvent que le siège social doit être « réel » (1). Il suffit donc pour écarter la désignation d'un siège social ne correspondant pas à la réalité de se fonder sur des constatations *objectives*. Ceci n'empêche pas que le juge relève à l'appui d'une décision d'inopposabilité de la loi étrangère l'intention frauduleuse qui a animé les parties dans la désignation du siège social. Mais il paraît préférable de voir dans cette intention, délicate à établir, un argument complétant des constatations objectives, plutôt que le fondement exclusif de la décision. De la même manière que pour le domicile des personnes physiques, la nécessité d'une attache sérieuse et celle de l'absence de fraude ne constituent pas deux conditions distinctes (2). C'est pourquoi dans des circonstances analogues, les juges se prononcent tantôt en visant la fraude expressément, tantôt sans lui donner ce nom, tantôt sans faire allusion à la mentalité des parties (3). Ceci indique que la fraude ne joue aucun rôle propre. Le recours à la notion de fraude est avant tout une question de technique juridique. Il faut également y voir l'expression d'une conception philosophique du droit : dans un système encore libéral, le juge répugne à contrarier la volonté individuelle et il justifie son attitude de refus par des considérations morales.

197. Les deux exemples qui viennent d'être évoqués mettent en évidence le lien entre la définition du rattachement *lege fori* et le caractère unilatéral de la règle de conflit. Cela permet *a posteriori* de souligner le lien entre la définition du rattachement selon la loi étrangère et l'application bilatérale de la règle de conflit, que l'on aurait pu mettre en évidence en étudiant l'exception de fraude. On s'explique ainsi mieux encore que l'exception de fraude se soit appliquée dans le cas où l'élément de rattachement était la nationalité : tandis qu'il n'est guère gênant d'écarter les effets d'un domicile reconnu à l'étranger, il est grave de méconnaître, même à des fins de droit privé, une nationalité étrangère. Le lien entre la méthode de solution des conflits de lois et le rôle de la fraude dans la sanction d'une violation internationale de la loi est ainsi apparu : dans une méthode bilatéraliste, la fraude est le fondement de la décision ; dans une méthode où la règle de conflit est unilatérale, la fraude n'est plus qu'un élément de fait au soutien de la décision. Avec une règle de conflit unilatérale, on est à la lisière de la méthode unilatéraliste pure. Il est déjà certain que celle-ci permet de sanctionner une fraude sans en faire mention.

(1) V. LOUSSOUARN et BREDIN, n° 265.

(2) En ce sens, LOUSSOUARN et BREDIN, n° 267.

(3) V. l'étude détaillée de la jurisprudence, *infra*, n° 516 et s.

C. — LA SANCTION DE LA FRAUDE SANS MENTION DE LA FRAUDE :
LA MÉTHODE UNILATÉRALISTE PURE.

198. Il existe deux procédés de solution d'un conflit de lois : celui de la règle de conflit et le procédé « statutaire » ou unilatéraliste, qui consiste à déterminer si la situation considérée tombe dans le champ d'application de la loi de fond du for (ou de telle loi étrangère) (1). Il résulte de ceci qu'en présence d'une violation internationale de la loi du for qui se réclamerait de l'application d'une règle de conflit, il est toujours possible de sanctionner cette violation en affirmant directement l'applicabilité de la loi du for. En pareil cas, même s'il ne fait aucun doute que les intéressés étaient mus par le désir d'évincer celle-ci en mettant en œuvre la loi étrangère, il n'est pas besoin de relever leur état d'esprit ; il n'est pas nécessaire de parler de fraude. Cependant, de l'affirmation selon laquelle la loi de fond est applicable à la situation considérée, on pourrait induire une règle de conflit ; c'est par la répétition de telles décisions que les statutaires ont dégagé les principaux rattachements et ont ouvert la voie à la systématisation de la règle de conflit. Mais une règle de conflit induite d'une espèce où il est manifeste que le juge n'a cherché qu'à sanctionner une fraude patente ne sera sans doute pas appliquée dans une espèce ultérieure. L'affirmation selon laquelle la loi du for est applicable à telle situation n'est, en présence d'une fraude probable, qu'un moyen de répondre à l'abus commis par l'autorité étrangère. Tout ceci peut être mis en évidence par l'examen de l'affaire qui illustre les théories traditionnelles de la fraude à la loi, l'affaire *de Beaufremont*. La lecture des décisions rendues dans cette affaire montre que la fraude n'y a été invoquée que de manière accessoire ; ceci suffirait seul à jeter un doute sur les théories qu'elle a inspirées.

199. Les circonstances de l'affaire *de Beaufremont* sont connues (2). L'action fut intentée par le mari, pour faire déclarer « nuls » l'acte de naturalisation et le mariage de sa femme en Allemagne (3). Au fond, le tribunal décida que la femme ne pouvait modifier son état civil ou sa nationalité sans l'autorisation de son mari ; par conséquent, elle était encore française lors de son second mariage et celui-ci ne pouvait être reconnu en France. Le tribunal ajouta alors qu'elle n'avait obtenu la nationalité allemande que pour échapper aux prohibitions de la loi française ; donc que même s'il avait été précédé d'une autorisation maritale, le changement de nationalité serait inopposable en France parce qu'obtenu en

(1) *Supra*, nos 148 et s.

(2) *Supra*, n° 3.

(3) Sur le caractère impropre de cette formulation, relevé par le tribunal, v. *supra*, n° 173.

faisant abus d'une faculté accordée par la loi (celle de changer de nationalité) (1). Cette décision appelle deux commentaires. Le premier est que la règle de conflit invoquée par la femme ne lui était d'aucun secours; puisque pour les tribunaux français elle avait conservé la nationalité du for, l'application de la règle de conflit ne conduisait pas à la loi étrangère. Pour sanctionner ses agissements, il a donc suffi d'affirmer le domaine d'application de la loi française de fond. On pourrait induire du premier motif une règle de conflit : la loi applicable à l'autorité maritale est la loi nationale du mari; mais il n'est pas certain que les tribunaux seraient disposés à faire application de cette règle dans n'importe quelle situation, notamment si elle devait s'exercer aux dépens d'une femme française. La seconde observation est que si le tribunal de la Seine a relevé l'intention qui animait la femme en sollicitant une nationalité étrangère, le moyen invoqué n'est pas l'exception de fraude à la loi; c'est l'exception d'abus de droit. Cet exemple paraît indiquer qu'il s'agit là de deux procédés de la technique juridique, entre lesquels il serait vain de rechercher des différences profondes. Ce sont deux moyens de parvenir à une même fin : affirmer l'applicabilité d'une disposition donnée, menacée d'éviction par l'application d'une autre, elle-même mise en œuvre par un acte de volonté du sujet (2). Il s'avère que l'exception de fraude n'est nullement le moyen exclusif de sanctionner une fraude à la loi, même celle qui se réclame de la plus grande régularité juridique.

200. L'arrêt de la Cour d'appel est encore plus significatif quant à la possibilité de sanctionner une fraude à la loi sans faire mention de la fraude, puisque celle-ci n'apparaît nulle part dans la décision, même sous un vocable différent (3). En premier lieu, la Cour reprend à son compte l'affirmation selon laquelle l'intéressée n'avait pu valablement changer de nationalité sans l'autorisation de son mari. Puis elle poursuit : « Si l'acte de naturalisation ... doit être envisagé comme un acte de droit public, que l'Etat étranger, usant de son droit souverain, est libre d'accomplir indépendamment de toute autorisation maritale ... aucune atteinte ne peut être portée aux *droits antérieurs* du mari qui est un tiers, par cet acte de naturalisation ». Un second moyen apparaît donc de sanctionner ce qui pouvait être une fraude et ce moyen ne fait pas davantage appel à cette notion : à supposer, d'après la Cour de Paris, que l'autorisation du mari n'ait pas été nécessaire à l'opposabilité du changement de nationalité de sa femme, les droits qu'il avait acquis à un mariage indissoluble s'opposaient à ce qu'un second mariage lui

(1) Trib. civ. Seine, 10 mars 1876, S., 1876.2.249.

(2) Un auteur qui s'efforce de distinguer les deux notions estime que la fraude à la loi englobe l'abus des droits et qu'elle est par rapport à celle-ci comme le genre est à l'espèce (LIGEROPoulos, *op. cit.*, p. 144); un autre parvient à la conclusion inverse (DESBOIS, *op. cit.*, p. 59).

(3) Paris, 17 juill. 1876, S., 1876.2.249.

fût opposable. La Cour de Paris ajouta encore : « ... dans le cas même où [le mari] aurait expressément autorisé sa femme, celle-ci ne serait pas admise à invoquer [sa nouvelle loi personnelle] pour se soustraire à l'application de la loi française qui, seule, règle les effets du mariage de ses nationaux et en déclare le lien indissoluble ». Par conséquent, même si les époux avaient été de connivence et même si le mari avait également changé de nationalité (1), la décision indique que le résultat aurait été inopposable en France, parce que la situation considérée tombait dans le champ d'application de la loi française. On pourrait encore induire de ces affirmations une règle de conflit : la loi applicable aux effets du mariage est la loi sous l'empire de laquelle il a été célébré. Mais il est permis de penser que ceci dépasserait le but visé par la Cour d'appel en formulant sa décision ; au demeurant, cette règle serait démentie par le droit positif. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *de Beauffremont* ne fait donc nulle part mention de la fraude. La Cour n'a pas relevé que, ni même recherché si, le changement de nationalité avait été inspiré par le désir de contracter une nouvelle union. Elle a affirmé que la loi française s'appliquait ; il n'était pas besoin d'en dire plus.

201. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation rejeta celui-ci (2). La décision énonce tout d'abord que la demanderesse était française lors de son mariage à Berlin, affirmation qui suffisait à trancher le débat. La Cour répondit à un autre moyen, en affirmant que « même eût-elle été autorisée par son mari, la demanderesse ne pouvait être admise à invoquer la loi de l'Etat où elle aurait obtenu une nationalité nouvelle à la faveur de laquelle, transformant sa condition de femme séparée en celle de femme divorcée, elle se soustrairait à la loi française qui seule règle les effets du mariage de ses nationaux et en déclare le lien indestructible ». Bien que la Cour paraisse ici faire allusion à la volonté de fraude de l'intéressée, il est clair que l'existence d'une telle volonté est indifférente pour l'application de la loi française. Enfin la Cour, en réponse à un moyen reposant sur la règle de conflit, relève qu'en sollicitant une nationalité étrangère, la femme n'avait poursuivi d'autre but que celui de se soustraire à l'application des lois françaises.

202. L'exception de fraude à la loi n'était donc nullement, dans l'affaire *de Beauffremont*, le seul moyen de priver d'effets en France le changement d'état de l'intéressée. Pourtant, les agissements de celle-ci pouvaient se recommander d'une apparence de régularité particulièrement forte, par la combinaison des articles 3, alinéa 3 et 17-1° du Code civil. Néanmoins il était facile de sanc-

(1) C'est par inadvertance que la Cour parle dans ce cas du mariage de ses « nationaux », ou alors il faudrait préciser « au moment du mariage ».

(2) Req., 18 mars 1878, S., 1878.1.193, note Labbé.

tionner son comportement comme une violation directe de la loi française, ce qu'ont fait les juges du fond. Il suffisait pour cela de formuler le champ d'application de la loi française de manière telle que la situation considérée entrât dans ses prévisions. Ainsi, bien que l'intéressée ait invoqué une règle de conflit à l'appui de la validité de son changement d'état, celui-ci n'était pas plus valide pour la loi française que si elle était parvenue à contracter un second mariage devant un officier d'état civil français en lui dissimulant sa qualité de femme mariée. La violation internationale de la loi est cependant plus pernicieuse qu'une violation ordinaire, en raison de la participation d'une autorité publique étrangère qui confère des droits nouveaux. C'est peut-être le danger couru par l'ordre juridique du for en pareil cas, qui explique que les juges aient multiplié les arguments pour affirmer l'applicabilité de la loi française (1). Mais l'argument tiré de la fraude de l'intéressée n'était nullement indispensable. Il suffisait soit de formuler une règle de conflit différente de celle invoquée par l'intéressée, soit d'affirmer directement (c'est-à-dire *im-médiatement*) l'applicabilité de la loi du for : les lois françaises sur l'autorité maritale s'appliquent à l'épouse d'un mari français ; celle-ci n'a donc pu changer de nationalité sans l'autorisation de son mari. Le moyen frauduleux, la règle de conflit invoquée, est donc inefficace, puisque l'on recourt à un procédé qui conduit à l'application de la loi du for. Les lois françaises sur l'autorité maritale sont ici considérées comme des lois d'application immédiate, au même titre que par exemple les lois sur la nationalité. On rattrape de cette manière l'« inadvertance » du législateur qui, en disposant que l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère faisait perdre la nationalité française, plaçait indirectement l'état des personnes dans le domaine de l'autonomie de la volonté. Ainsi se trouvait paralysé ce que l'on pouvait appeler une fraude, mais sans qu'il soit besoin de faire appel à cette notion (2).

203. Pour achever de montrer comment il est toujours possible de sanctionner ainsi une violation internationale de la loi, on peut rassembler dans un ordre « progressif » les divers arguments invoqués

(1) De la même manière, dans l'arrêt *Weiller*, la Cour de cassation s'est plu à souligner les multiples irrégularités, au regard de la loi française, du divorce rendu au Nevada (*supra*, n° 8). Cette accumulation d'arguments traduit sans doute une certaine irritation des juges, à la fois contre le sujet qui va « acheter » un jugement à l'étranger et contre les tribunaux étrangers qui n'exerceraient pas leur office avec la dignité attendue d'une autorité judiciaire.

(2) L'attitude de Mme de Beaufremont constituait-elle à proprement parler une fraude ? Dans la mesure où elle ne s'était pas représentée en France depuis son remariage (il est vrai qu'elle y risquait sans doute une poursuite pour bigamie), on doit hésiter à parler de fraude (v. *supra*, n°s 139 et s.). Au demeurant, Mme de Beaufremont (pas plus que Mme Weiller) n'était française de naissance. Cependant, il semble qu'elle entendait se prévaloir de son nouveau statut pour exercer la garde de ses enfants et l'administration de ses biens ; dans ces conditions, la loi française conservait un titre légitime à s'appliquer et la qualification de fraude peut être soutenue.

dans l'affaire *de Beaufremont*, ainsi que d'autres qui l'avaient été dans des affaires antérieures de même nature. Dans l'affaire *de Beaufremont*, la « fraude » était le fait d'une femme, et pour sanctionner la violation internationale de la loi, on a dit que l'intéressée n'avait pu changer de nationalité sans l'autorisation de son mari français. Cette règle n'est pas inscrite dans la loi, elle était discutée à l'époque (1) et ne serait sans doute pas admise de nos jours ; enfin elle ne valait que pour une femme. Si c'était le mari qui avait changé de nationalité, on ne pouvait lui opposer cet argument ; mais on pouvait dire que sa femme avait un droit acquis à l'indissolubilité du mariage. Le cas s'étant présenté dans une affaire antérieure, la Cour de cassation avait précisément affirmé que le mari ne pouvait, par un changement de nationalité, « faire fraude » aux droits de la femme (2). Il se pouvait encore que les deux époux soient de connivence, et qu'aucun d'eux ne désire se prévaloir de son droit à un mariage indissoluble. Dans ce cas, il suffisait, à la demande d'un tiers, ou du Ministère public, ou de l'un des époux qui se serait ravisé, d'affirmer que les lois françaises sur le mariage s'appliquent à tous ceux qui étaient Français au jour de leur mariage. Tel fut le cas dans l'affaire *Vidal* à l'occasion de laquelle le tribunal de la Seine énonça que la naturalisation de la femme, fût-elle opposable à son mari qui l'avait autorisée, ne l'était pas au Ministère public (3). Dans l'affaire *de Beaufremont* également, la Cour de Paris énonça que « le caractère synallagmatique et le lien indissoluble du mariage s'opposent à ce que ... soit la femme seule, soit les deux époux d'accord ... éludent les dispositions de la loi française qui les régit » (4). La Cour de cassation reprit, semble-t-il, cet argument selon lequel la loi française s'appliquerait à un mariage contracté sous son empire, en notant que « la loi française domine le débat et s'impose aux parties » (5). La démonstration pourrait être poursuivie plus longuement. Si le mariage n'a pas été conclu sous l'empire de la loi française, notamment parce que les époux étaient à ce moment de nationalité étrangère, on peut encore dire que la loi française sur les effets du mariage s'applique aux époux *devenus* français. Inversement, si les époux ont été mariés en France, mais qu'ils ont conservé leur nationalité étrangère, on peut leur opposer que la loi française régit les effets d'un mariage célébré en France. Là peut s'arrêter la démonstration. Si les époux ne sont pas français, s'ils ne l'ont jamais été, s'ils ne se sont pas mariés en France, s'ils n'y vivent pas, on ne voit guère de raison valable de leur appliquer la loi française. Dans toutes les hypothèses envisagées, ce que l'on qualifie parfois

(1) V. note Labbé, S., 1878.1.195.

(2) Civ., 19 juill. 1875, *de Ramondec*, préc.

(3) Trib. civ. Seine, 31 janv. 1877, préc.

(4) Paris, 17 juill. 1876, S., 1876.2.249.

(5) Req., 18 mars 1878, S., 1878.1.193, note Labbé (interprétant de cette manière le motif cité).

de fraude à la loi a pu être sanctionné sans qu'il soit besoin de faire appel à cette notion.

204. On se trouve donc dans chaque cas en présence de ce qu'un auteur a appelé une « fraude impossible », parce que le moyen utilisé n'est pas juridiquement efficace (1). Il est à craindre que cette terminologie ne perpétue une confusion entre des agissements frauduleux et la sanction de ces agissements par l'exception de fraude. En parlant de « fraude impossible », on a voulu désigner les hypothèses où il n'est pas besoin pour sanctionner des agissements illicites de recourir à l'exception de fraude. Mais si l'on définit la fraude à la loi à partir de l'exception de fraude, il n'y a plus, au moins en droit international privé, que des « fraudes impossibles » et il n'y a plus de théorie de la fraude à la loi. Il en est ainsi parce qu'en droit international privé, l'exception de fraude à la loi n'est *jamais* le moyen exclusif de sanctionner une violation délibérée de la loi ; il est *toujours* possible de sanctionner une telle violation soit en formulant une règle de conflit différente de celle invoquée par le sujet, soit en abandonnant le procédé de la règle de conflit et en énonçant de façon immédiate l'applicabilité de la loi du for (2). Cette constatation conduit à répudier la définition de la fraude à la loi selon laquelle celle-ci consisterait à échapper à l'application de la loi par un moyen juridiquement efficace. Cette définition a été dégagée à partir de l'étude de l'exception de fraude, dont l'utilisation *postule* que le moyen est reconnu efficace par le juge. Mais un moyen n'est « juridiquement efficace » que s'il plaît au juge de le déclarer tel. En droit international privé, le moyen en question est une règle de conflit ; il est toujours possible au juge d'écarter celle qui est invoquée au profit d'une autre, voire d'abandonner le procédé de la règle de conflit.

205. La constatation de ce qu'il est toujours possible de sanctionner une fraude en étendant délibérément le champ d'application de la loi du for, ou en énonçant une règle de conflit dont on ne sait qu'on ne l'appliquera pas de façon bilatérale parce que l'on verrait dans son application une atteinte aux intérêts défendus par le for, pourrait choquer certains esprits. Les partisans de la règle de conflit, notamment, auront tendance à rejeter le premier moyen qui traduit un abandon de cette méthode. Il suffit pour répondre à cette objection de rappeler que l'exception de fraude à la loi, qui relève de la méthode de la règle de conflit, constitue en tout état de cause une

(1) VIDAL, *op. cit.*, p. 155.

(2) Rappr. NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », *Rev. dr. int. lég. comp.*, 1926.503 : « La notion de fraude à la loi, *stricto sensu*, n'a pas lieu de jouer chaque fois que l'attitude des parties trouve déjà la répression autrement ». Par « fraude à la loi, *stricto sensu* », il faut entendre l'exception de fraude à la loi (*supra*, n° 7).

dérégation à l'application de la méthode. Quant au caractère choquant d'une affirmation apparemment brutale de la compétence de la *lex fori*, il suffit de rappeler qu'en présence d'une fraude, il s'agit par hypothèse de répliquer à un abus de souveraineté commis par un Etat étranger (1). Il y a, peut-on dire, en effet réflexe de l'abus de souveraineté : lorsque cet abus permet aux particuliers une fraude à telle loi qui s'applique à eux et que cette loi sanctionne sa violation (ce qui est le cas normal) (2), elle le fait en commettant elle-même un abus de souveraineté. Mais il s'agit de sa part d'un abus *formel* ; celui-ci consacre une violation *formelle* de la loi étrangère, qui par hypothèse avait un titre manifestement inférieur à s'appliquer.

206. Au terme de l'étude des modes de sanction d'une fraude à la loi du for, on ne peut manquer d'être frappé par le contraste entre le rôle joué par l'affaire de *Beauffremont* et sa portée réelle. En premier lieu, cette affaire constitue une illustration des plus discutables de l'exception de fraude, ainsi qu'une lecture des décisions rendues suffit à indiquer. En second lieu, elle n'illustrerait qu'un moyen, dont l'analyse montre qu'il offre davantage d'intérêt pour la réflexion qu'il suscite que pour la fréquence de son application. Celle-ci postule tout d'abord que le for procède par règles de conflit bilatérales. Elle suppose en second lieu que les intéressés puissent agir sur le point de rattachement retenu par la règle de conflit et qu'une manipulation de ce point de rattachement soit suffisamment peu probable pour que la règle de conflit soit maintenue en principe. Elle suppose enfin que soit démontrée par des constatations objectives l'intention du sujet de se soustraire à la loi. Ces conditions expliquent que l'exception de fraude n'ait pratiquement trouvé à s'appliquer qu'en matière d'état des personnes et dans un système, le système français, où une règle de conflit soumet le statut personnel à la loi nationale. Du domaine d'application de l'exception de fraude ainsi circonscrit, on peut soustraire la capacité et le mariage ; il est sans exemple en jurisprudence française qu'un empêchement (autre que, pour le mariage, celui tenant à une précédente union non dissoute) ait été tourné par un changement de nationalité ; car pratiquement, il est possible de tourner la loi sans recourir à un procédé aussi difficile à mettre en œuvre. S'agissant du divorce, on peut faire la même observation depuis que celui-ci est permis par la loi française ; puisqu'il est en fait possible de divorcer en France par consentement mutuel, il est également possible de faire reconnaître un divorce ainsi prononcé à l'étranger ; si l'on recourt à ce moyen (ce qui est sans doute rare), on ne prend pas la peine de changer de nationalité. Seuls les nationaux de pays où le divorce n'est pas autorisé recourent peut-être

(1) *Supra*, Chap. I, n^{os} 40 et s.

(2) *Supra*, Chap. I, n^{os} 88 et s.

encore parfois à cette extrémité. L'analyse explique ainsi ce que la lecture des recueils de jurisprudence permet de constater : il ne paraît pas y avoir en France, depuis près d'un siècle que le divorce est rétabli, une seule décision de droit international privé rapportée dans laquelle il ait été fait usage de l'exception de fraude à la loi. L'importance pratique de ce moyen est largement inférieure à la place que la théorie lui consacre. Plus importante pour la même théorie paraît l'étude des cas où une fraude n'est pas sanctionnée.

§ 3. — Le défaut de sanction

207. Le défaut de sanction d'une violation internationale de la loi résulte le plus souvent de ce que la situation considérée bien que présentant un rattachement avec la *lex fori* se rattachait plus étroitement à la loi étrangère. Dans ce cas, il suffit normalement d'appliquer le règlement de conflit, qui désignera la loi étrangère. Mais on sait maintenant que d'autres raisons qu'une infériorité des rattachements peuvent inciter le juge à ne pas sanctionner une violation internationale de la loi. Il se peut que l'affirmation de la compétence de la loi du for au détriment de la loi étrangère ne serve aucun des objectifs que se propose la loi du for : il en est ainsi notamment dans les questions d'état, lorsque l'écoulement du temps a fortifié une situation originairement irrégulière, à tel point que l'application d'une sanction paraît inopportune. Il en est également ainsi, en toute matière, lorsque la loi du for est inadaptée à la situation, de telle manière qu'il paraît préférable de ne pas l'appliquer. Dans tous ces cas, la matière du conflit de lois fournit au juge certaines techniques pour ne pas sanctionner la violation de la loi, techniques dont l'étude est aussi indispensable à une théorie de la fraude à la loi que celle des procédés de sanction. Il s'agit au demeurant des mêmes, mises au service d'une loi étrangère et non pas de la loi du for. Elles font donc appel aux deux procédés de solution des conflits de lois. L'une consiste à affirmer que la situation considérée ne tombe pas dans le champ d'application de la loi du for. L'autre consiste à appliquer une de ces règles de conflit qui sont le véhicule de toutes les fraudes, en ce qu'elles font d'une déclaration de volonté des parties l'élément de rattachement, dans un domaine pourtant soumis à une loi impérative. Avant de les étudier successivement, il convient d'en relever une première qui consiste à nier l'existence d'un conflit entre la loi étrangère et la loi du for, au motif que ces lois sont identiques. Cette technique n'est pas homogène aux deux autres, car dans la mesure où l'équivalence entre la loi du for et la loi étrangère est réelle, il n'y a effectivement aucune violation internationale de la loi du for. Elle sera étudiée en premier lieu (1).

(1) Il n'y a pas lieu d'étudier le défaut de sanction tenant à l'indignité du demandeur. L'application de la règle *Nemo auditur* n'offre aucune particularité

A. — LA NÉGATION DU CONFLIT.

208. Un moyen pour le juge de ne pas sanctionner une violation internationale de la loi est de nier celle-ci, en affirmant l'identité de la loi étrangère appliquée et de la loi du for ; le juge qualifie le conflit de faux conflit (1). Telle est par exemple la technique fréquemment suivie par le juge français pour la reconnaissance des divorces rendus à l'étranger entre époux français par application de la loi du for, alors que d'après le règlement français de conflit c'est la loi française qui est compétente. Pour ne pas refuser effet à ces décisions, le juge français affirme l'équivalence de la loi étrangère et de la loi française (2). Il est permis de conjecturer que dans le plus grand nombre de cas, cette équivalence n'a d'exact qu'en ce qu'il est possible dans le pays étranger comme en France de divorcer par consentement mutuel. Et dans cette mesure, on peut également dire que la loi française, telle qu'elle s'exprime dans le droit positif et non dans les textes, n'est pas violée. C'est aussi la raison pour laquelle deux époux français désireux tous deux de divorcer ne se rendent plus pour ce faire à l'étranger. Il n'y a pas de décision récente en France où un divorce étranger entre nationaux ait été combattu pour fraude (3). Si le cas se produisait, le défendeur à l'exequatur (ou le demandeur en inopposabilité) pourrait démontrer que la loi étrangère appliquée est différente de la loi française ; mais s'il a participé à la fraude, il est possible que ce qu'il recherche lui soit refusé par application de la règle *Nemo auditur*.

en matière internationale. D'autre part, lorsqu'il recourt à ce moyen, le juge relève la violation de la loi ; il interdit seulement au demandeur de se prévaloir des effets d'une violation qu'il a lui-même provoquée.

(1) Il s'agit ici d'un faux conflit du premier type (*supra*, n° 21).

(2) V. l'étude de la jurisprudence, *infra*, nos 448 et s. On notera qu'il n'est pas nécessaire d'accepter l'interprétation ici donnée de cette jurisprudence (qui est pourtant le pendant exact de l'« effet atténué » de l'ordre public, expressément admis dans le cas d'un mariage mixte) pour l'objet de la présente démonstration : l'affirmation d'une équivalence resterait un moyen de ne pas sanctionner une violation internationale de la loi, même s'il n'avait jamais été consciemment envisagé comme tel par le juge.

(3) Dans une espèce où les époux français vivaient en Argentine et s'étaient rendus en Uruguay pour divorcer, le Tribunal de la Seine a refusé de sanctionner une fraude à la loi comme étant une fraude à la loi étrangère, et a déclaré l'équivalence de la loi uruguayenne à la loi française (Trib. civ. Seine, 4 nov. 1954, *Clunet*, 1955.650, note A. P. ; *Rev. crit.*, 1956.690, note Loussouarn).

Pour un refus d'exequatur à un divorce rendu au Nevada entre un mari français et une femme américaine, v. Trib. civ. Seine, 6 juin 1962, D., 1962.653, note Malaurie ; v. en revanche Trib. civ. Seine, 24 nov. 1965, *Clunet*, 1966.366, obs. Kahn (jugement commenté sur un autre point).

B. — L'INTERPRÉTATION RESTRICTIVE DE LA LOI DU FOR.

209. Un moyen de ne pas sanctionner une violation internationale de la loi du for s'inspire du procédé originaire de solution des conflits de lois, le procédé statutaire ou unilatéraliste. Il consiste à affirmer que la loi du for n'entend pas régir la situation considérée, que celle-ci se trouve hors de son champ d'application. Au lieu de procéder par interprétation extensive de la loi du for, comme on le fait parfois pour sanctionner une fraude, on procède par interprétation restrictive. Le procédé peut paraître étrange lorsque la fraude est tellement manifeste que l'on est conduit à donner de la loi du for une interprétation absurde. Certaines juridictions ne se sont cependant pas arrêtées à cet inconvénient, comme le montre l'exemple suivant.

210. Une loi de l'Etat de New York interdisait le mariage entre oncle et nièce. L'Etat de Rhode Island connaissait la même interdiction, mais faisait une exception pour les personnes de confession israélite (dans les limites permises par la loi religieuse). Deux résidents juifs de l'Etat de New York, oncle et nièce, s'étaient rendus dans le Rhode Island où ils avaient contracté mariage. Quinze jours après, ils étaient retournés à New York, où ils avaient vécu comme mari et femme pendant trente-deux ans ; six enfants étaient nés de cette union. A la mort de la femme, un conflit s'éleva au sujet de la succession et l'on plaida la nullité du mariage. L'union était incontestablement incestueuse au regard de la loi de New York et celle-ci n'édicte pas de prescription à l'action en nullité. Aussi aurait-on normalement dû déclarer la nullité du mariage. Mais c'eût été une solution malheureuse et contraire à l'équité : les intéressés avaient vécu comme époux pendant plus de trois décennies, apparemment sans que cette situation fût un objet de scandale ; six enfants étaient nés de cette union, à présent rompue par le décès de la femme. La déclaration de nullité ne pouvait que nuire aux enfants et profiter à d'autres que la famille proche. Pour déclarer le mariage valide, les juges de New York se fondèrent sur ce que rien dans la loi de l'Etat de New York n'indiquait qu'elle soit applicable à un mariage célébré dans le Rhode Island (1). Dans un Etat fédéral où coexistent plusieurs dizaines d'Etats ayant des législations différentes et entre lesquels la liberté de circulation est totale, une telle affirmation peut paraître équivalente à une abrogation de la loi. En fait, il est permis de penser que dans un cas où l'irrégularité d'un mariage serait invoquée dans des circonstances qui rendent la sanction plus propice, les juges auraient appliqué

(1) *In Re May's Estate* 305 NY 486, 114 NE 2d 4 (1953).

le *statute* local à un mariage célébré dans un Etat-trère à la faveur d'un bref déplacement (1).

211. L'exemple montre comment il est possible très simplement d'entériner une violation internationale de la loi du for, lorsque cette violation apparaît plus formelle que substantielle. On peut approfondir l'analyse de la situation pour montrer l'unité de la théorie de la fraude à la loi en droit international et en droit interne, et ce en recourant aux notions de vrai conflit et de faux conflit. Au moment où la question de la validité du mariage s'est trouvée posée devant les juridictions de New York, il y avait un faux conflit de droit interne entre, d'une part, la règle prohibant les mariages incestueux et, d'autre part, le principe de la liberté du mariage. La sanction de l'empêchement au mariage, c'est-à-dire celle de la violation internationale de la loi, produisait un résultat indésirable en favorisant un demandeur qui ne se souciait vraisemblablement pas de faire respecter l'autorité de la loi. Corrélativement, le défaut de sanction de la violation de la loi ne méconnaissait aucun des buts physiologiques et sociaux qu'elle se proposait, à l'époque où fut soulevée la question de la validité du mariage. Bien que la violation de la loi ait été une violation substantielle au moment où elle fut commise (les parties n'ayant jamais cessé d'être des *domiciliaries* de l'Etat de New York) et bien qu'elle ait procédé d'une *fraus*, elle était devenue une violation secondaire au moment où elle fut invoquée. Il s'avère une fois encore qu'en matière d'état, une fraude à la loi, envisagée du point de vue de la loi comme du point de vue de l'agent, perd de sa virulence avec le temps ; à la limite, ce peut être consacrer une autre fraude que de la sanctionner. L'exemple montre bien l'unité de la notion de fraude à la loi en droit interne et en droit international ; dans tous les cas, la fraude consiste à exploiter un faux conflit pour faire appliquer à l'espèce une loi, ou une règle, qui n'a pas d'intérêt à recevoir application en l'espèce.

212. L'interprétation restrictive du domaine d'application de la loi du for, pour ne pas sanctionner sa violation, paraît relativement fréquente aux Etats-Unis en matière de droit de la famille. Ce phénomène s'expliquerait par l'archaïsme de la loi dans un certain nombre d'Etats et l'absence de prescription aux actions en nullité de mariage, ainsi que de l'institution du mariage putatif. Il peut également être illustré par une affaire dans laquelle un homme ne pouvait contracter mariage d'après la loi de son domicile, en raison d'un précédent divorce prononcé pour adultère de sa part, cette interdiction pesant sur lui aussi longtemps que son conjoint serait en vie. Pour tourner l'interdiction, les parties montèrent à bord d'un navire et firent prononcer leur union par le capitaine, sitôt

(1) V. *infra*, II^e Partie, Titre II, l'étude de la fraude à la loi en matière de mariage aux Etats-Unis (n^{os} 416 et s.).

quittées les eaux territoriales américaines. Saisis ultérieurement de la validité de ce mariage, les juges estimèrent qu'il n'y avait pas lieu d'en prononcer la nullité ; et pour fonder cette décision en droit, ils affirmèrent simplement que la loi édictant la prohibition du remariage de l'époux coupable n'avait pas d'effet extra-territorial. Leur résolution de ne pas faire respecter la loi ne laisse guère place au doute : ils allèrent jusqu'à préciser (mais peut-être était-ce en réponse à des conclusions) que bien qu'immatriculé à New York, le navire ne transportait pas la loi de cet Etat (1). Un tel moyen de pallier ce que les juges estiment être un retard du législateur à moderniser la loi peut surprendre un juriste continental. Mais si la méthode peut surprendre, les fins qu'elle réalise ne sont pas inconnues du juge français. Pour entériner une violation internationale de la loi du for, celui-ci peut recourir parfois à l'application d'une règle de conflit donnant compétence à la loi étrangère, dans des conditions où cette application est discutable (2).

C. — L'APPLICATION BILATÉRALE DE LA RÈGLE DE CONFLIT.

213. La règle de conflit bilatérale est un véhicule de la fraude à la loi lorsque l'élément de rattachement fait intervenir une déclaration de volonté des parties. Il suffit alors à celles-ci de désigner une loi étrangère, pour tenter de justifier en droit une violation de la loi. Mais si cette loi apparaît dépassée au juge, il peut accepter le raisonnement qui lui est soumis tendant à évincer la loi du for. Ceci permet de dire que l'exception de fraude à la loi offre autant d'intérêt par les cas où elle n'a pas été invoquée que par ceux où elle l'a été. Un arrêt connu de la Cour de cassation, rendu en matière de contrat, permet d'illustrer la première hypothèse (3).

214. Dans cette affaire, deux commerçants français avaient conclu une vente portant sur des grains. Les parties avaient adopté un contrat-type de la *London Corn Trade Association*, par conséquent régi par la loi anglaise. Le contrat contenait une clause d'arbitrage au profit de cette institution. Un litige s'étant élevé, une des parties plaidait la nullité de la clause compromissaire, conformément à la loi française en vigueur à l'époque ; l'autre partie répondait que s'agissant d'un contrat international, celui-ci avait pu valablement

(1) *Fischer v. Fischer* 250 NY 313, 165 NE 460 (1929).

(2) Les juges américains recourent également plus fréquemment au procédé de la règle de conflit. Dans le cas des mariages « migratoires », la technique ordinairement suivie ne consiste pas, comme dans les deux exemples évoqués, à affirmer la stricte territorialité de la loi, mais à déclarer que la validité du mariage est soumise, pour le fond comme pour la forme, à la loi du lieu de célébration ; v. *infra*, II^e Partie, Titre II (n^{os} 416 et s.).

(3) Ici encore, il n'est pas nécessaire à la démonstration que soit acceptée l'interprétation suggérée de la jurisprudence ; l'affaire n'est évoquée que pour illustrer un *mécanisme*.

être soumis à la loi anglaise, qui validait la clause. La Cour de Rennes déclara la clause nulle, en s'appuyant sur des constatations détaillées indiquant qu'il ne s'agissait pas d'un contrat international : « Considérant ... que le contrat est ... passé entre deux Français ; ... que ce contrat a été passé en France ... ; qu'il ne peut être soutenu qu'il a été passé à Londres parce que les exemplaires des conditions particulières de la L.C.T.A. ont été datés de Londres ... ; qu'il n'y a là qu'une fiction ne correspondant en rien à la réalité des faits ; ... que l'exécution du contrat devait avoir lieu en France, le lieu de livraison et celui du paiement étant en France ... » (1). Et la Cour conclut qu'« il n'est pas loisible aux intéressés de soumettre à leur simple gré les conventions au droit international pour échapper aux prohibitions de leur droit interne ; que le domaine du droit international est restreint au cas où des conflits de lois sont réellement possibles ; qu'en ... l'absence de tous conflits (*sic*) de lois, les parties n'[ont] ... aucun droit à exercer et leurs relations [sont] réglées par le droit interne avec toutes ses libertés, mais aussi ses restrictions ». Quelle que fût l'exactitude de ces motifs, la décision pouvait paraître regrettable. Il y avait en effet toute raison de respecter la volonté des parties conduisant à l'application de la loi anglaise et de ne pas appliquer la loi française interdisant la clause compromissoire. Les contrats-types de la L.C.T.A. sont élaborés pour les besoins du commerce et donnent toute satisfaction en tant qu'instrument de réglementation privée. En droit interne, la matière est supplétive, et rien semble-t-il n'aurait empêché les parties de transposer les clauses du contrat-type. La seule disposition impérative française méconnue paraissait être l'interdiction de la clause compromissoire. Or on ne voit pas pourquoi s'en remettre obligatoirement à des juges ou à des arbitres français de l'interprétation d'un contrat-type qui ne leur est pas familier, alors qu'il existe des professionnels dont c'est la tâche quotidienne (2). Un argument supplémentaire et décisif permettait de conclure à l'inopportunité d'appliquer la loi française à cette espèce : peu après la conclusion du contrat, la loi du 31 décembre 1925 avait en France supprimé l'interdiction de la clause compromissoire en matière commerciale. Bien que la loi ancienne fût incontestablement applicable à l'espèce, la modification législative montrait que l'on avait admis le caractère injustifié de la défiance contre ces clauses, au moins en matière commerciale (3). Tous les arguments d'équité militaient donc en faveur du maintien

(1) Rennes, 26 juill. 1926, D.H., 1926.53, *Gaz. Pal.*, 1927.1.59, *Rev. trim. dr. civ.*, 1927.190, obs. Demogue ; *Rev. dr. int. pr.*, 1927.523, note Niboyet. V. également dans une espèce analogue, Limoges, 12 oct. 1928, *Clunet*, 1929.355, D., 1928.2.49, note Baudoin, qui sera également cassé par arrêt du 19 févr. 1930.

(2) Rappr. l'observation *supra*, n° 155, selon laquelle une réglementation technique ne peut pratiquement être appliquée que par l'autorité qui l'a édictée.

(3) S'il s'était agi de droit pénal, la disposition nouvelle se serait appliquée aux faits survenus antérieurement à sa promulgation comme supprimant une contrainte.

de la clause litigieuse et contre la solution donnée par la Cour d'appel. Encore fallait-il pouvoir justifier en droit une solution différente.

215. Le droit international privé et le procédé de la règle de conflit fournissaient ce moyen. La règle de conflit est celle aux termes de laquelle la loi applicable à un contrat international est la loi désignée par les parties. Cette règle ouvre pourtant la porte à toutes les fraudes ; si on la prend à la lettre, il suffit d'introduire dans un contrat le plus petit élément international pour écarter à volonté une loi impérative gênante. Mais dans l'espèce considérée, l'opportunité commandait précisément d'écarter la loi impérative du for. Pour ce faire, la Cour de cassation se saisit des moindres éléments de fait constatés par les juges du fond qui permettaient de conférer à l'opération un caractère international et de mettre en œuvre la règle de conflit, au mépris des constatations souveraines de la Cour d'appel (1). Elle releva que les marchandises étaient de provenance étrangère (2), et que l'une des parties, une société, « bien qu'ayant son siège à Strasbourg et une personnalité propre, [était] la filiale d'une société hollandaise ». On peut estimer de tels critères pour le moins élastiques ; l'exemple paraît confirmer l'observation selon laquelle toute situation interne est une situation internationale qui s'ignore ; il suffit pour y voir une situation internationale de s'engager suffisamment loin, dans la prise en considération des rattachements (3). Dans l'arrêt de 1930, la Cour de cassation releva encore la mention « Chèque sur Londres » qui figurait dans le contrat et dont la Cour d'appel avait pourtant constaté que « cette mention est insuffisante pour prouver que le paiement devait avoir lieu à Londres, cette mention étant précédée de la spécification « Paiement à Rennes » ; que ... cette dernière précision, ainsi que la désignation d'un domicile bancaire en France, indique bien que le lieu réel du paiement était en France (4). Enfin, résumant son opinion en une formule, la Cour de cassation conclut que l'opération « mettait en jeu les intérêts du commerce international ». Or il n'est guère de contrat commercial important qui ne mette en jeu les intérêts du commerce international, surtout si l'on fait preuve pour définir le commerce international du même laxisme que celui de la Cour de cassation dans la définition du contrat international. Ces observations ne doivent pas être comprises comme une critique de la décision. Elles procèdent seulement d'une « lecture » nouvelle, qui consiste à voir dans cet arrêt de cassation un arrêt d'espèce plutôt que de

(1) Civ., 19 févr. 1930, S., 1933.1.41, note Niboyet ; D.H., 1930.228, *Rev. dr. int. pr.*, 1930.282, *Clunet*, 1931.290.

(2) Sans préciser si elles étaient de provenance anglaise (ce qui n'était sans doute pas le cas). Si l'on veut voir dans l'arrêt de 1930 un arrêt de principe, on doit donc peut-être en déduire que dans un contrat international, les parties peuvent désigner une loi n'ayant pas de rapport avec l'opération.

(3) *Supra*, n° 112.

(4) Rennes, 26 juill. 1926, préc.

principe. En tout état de cause, l'affaire illustre la manière dont le juge peut se placer sur le terrain du droit international privé pour faire jouer une règle de conflit qui permet elle-même d'évincer une loi du for jugée archaïque, ou inopportune en l'espèce. En pareil cas, le juge méconnaît la lettre de la loi pour mieux en respecter l'esprit.

216. L'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de 1930 permet encore d'illustrer l'application des notions de faux et de vrai conflit aux conflits de lois dans le temps et une identité d'analyse du conflit de lois dans le temps et du conflit de lois dans l'espace. Le conflit entre la loi française et la loi anglaise était au moment du litige un faux conflit (du premier type : identité des lois) puisque le législateur français avait admis la licéité de la clause compromissoire en matière commerciale. En droit interne français, le conflit entre la loi ancienne et la loi nouvelle était également un faux conflit (du second type : absence d'intérêts antagonistes des lois en conflit), la loi ancienne n'ayant aucun intérêt à recevoir application en l'espèce (1). Il était plus facile de justifier en droit l'application de la loi anglaise que celle de la loi française nouvelle, grâce à la règle de conflit.

217. Une théorie de la fraude à la loi ne doit pas omettre que toutes les violations délibérées de la loi ne sont pas sanctionnées. Il en est des violations internationales comme de toute violation de la loi. Pour ne pas sanctionner une violation internationale, le juge peut tirer parti d'un conflit de lois qui n'est qu'un faux conflit et écarter l'application de la loi du for pourtant légitimement plus compétente. Pour ce faire, il peut tout d'abord affirmer l'identité (ou l'« équivalence ») de la loi étrangère et de la loi du for. Il peut en second lieu affirmer que la situation considérée ne tombe pas dans le champ d'application de la loi du for. Il peut enfin faire application de la règle de conflit invoquée par une partie, lors même que cette règle de conflit, qui prend en considération (exclusivement ou partiellement) une déclaration de volonté comme élément de rattachement, est en fait le véhicule d'une éviction délibérée de la loi du for compétente. C'est la distinction d'une conception subjective et d'une conception objective de la fraude qui permet de rendre compte de ces hypothèses : alors même que les parties ont entendu frauder la loi, celle-ci n'est pas, ou n'est plus, fraudée.

(1) L'application de la loi ancienne allait à l'encontre de la volonté expresse des parties, même si cette volonté tombait sous le coup d'une prohibition légale au moment où elle avait été exprimée.

La matière du divorce fournit une illustration *a contrario* de la thèse : le rétablissement du divorce en 1884 ne pouvait valider un divorce irrégulièrement acquis à l'étranger avant cette date, parce que la loi nouvelle édictait des conditions restrictives au divorce ; v. Civ., 25 mars 1889, *Clunet*, 1889.642.

SECTION II

LA SANCTION DE LA FRAUDE
A LA LOI ÉTRANGÈRE

218. La violation internationale d'une loi donnée ayant été définie comme son éviction par l'application d'une loi moins compétente, il apparaît que le problème de la violation internationale d'une loi étrangère se trouve posé à un for donné dans deux types de situations : dans le premier, la loi appliquée est la loi du for, et l'on allègue que cette application lèserait une loi étrangère et favoriserait une fraude à cette loi ; dans le second, une loi tierce a été appliquée et la question est pour le for de déterminer si cette loi ne s'est pas appliquée abusivement au détriment de la loi évincée. La seconde situation est relativement rare, parce qu'une allégation de violation internationale de la loi est normalement portée dans le ressort de la loi évincée ; le cas est cependant parfois posé, notamment s'agissant de reconnaître un divorce prononcé entre étrangers dans un Etat autre que leur Etat national ou celui de leur domicile. Les deux situations sont nettement distinctes, puisque l'une pose un problème d'exercice par l'Etat de sa compétence internationale, l'autre un problème de reconnaissance de droits acquis. Elles soulèvent cependant des questions communes tenant à la situation de la loi étrangère devant un juge donné ; une loi étrangère ne se présente pas au juge comme la loi du for et c'est pourquoi il convient d'envisager dans une sous-section préliminaire la question de l'impérativité de la loi étrangère (1).

(1) La « loi » étrangère doit être entendue *lato sensu*, c'est-à-dire comme toute norme de droit étranger ; sur ce point, v. par ex. ROPERS, « La loi étrangère et le juge national », *J.C.P.*, 1967.I.2101 ; *adde* : Trib. civ. Seine, 20 mars 1907, *Clunet*, 1908.155 ; Paris, 19 févr. 1960, *J.C.P.*, 1960.II.11665, note Aymond ; *Rev. crit.*, 1961.182, note P. Lagarde (« fraudes à un jugement étranger »).

On peut également parler de « fraude à la loi étrangère » lorsqu'une partie allègue une fraude à la loi au point de vue du droit *interne* étranger compétent. L'hypothèse est envisagée par VIDAL, *op. cit.*, p. 88, pour qui le juge doit en pareil cas appliquer le droit étranger tel qu'il est, c'est-à-dire sanctionner ou non la fraude selon l'attitude du juge étranger.

L'hypothèse n'a pas à être envisagée ici car il ne s'agit pas d'une fraude de droit international. On pourrait cependant en déduire une conséquence à l'égard de celle-ci. Si l'on admet la solution préconisée par M. Vidal, solution qui ne paraît guère discutable *prima facie* et qui a été qualifiée de « formellement sûre » (BATIFFOL, *Compte rendu Rev. crit.*, 1959.400), il faut sans doute l'admettre également pour la fraude à la loi étrangère de droit *international* et ne pas sanctionner celle-ci lorsqu'elle est tolérée par le droit étranger. En réalité, on verra que cette conséquence ne s'impose pas, car le for peut être fondé à faire respecter sa conception d'un ordre international des compétences, lequel refuserait un « emprunt de législation » par tolérance habituelle de la fraude ; v. l'illustration de cette hypothèse dans l'affaire de *Gunzbourg*, *infra*, n° 256.

SOUS-SECTION PRÉLIMINAIRE

L'IMPÉRATIVITÉ DE LA LOI ÉTRANGÈRE

219. C'est un débat fondamental du droit international privé que la situation de la loi étrangère aux yeux d'un juge donné (1). Les discussions ont longtemps porté en France sur le point de savoir si la loi étrangère devait être considérée comme du droit ou comme un fait matériel. Il semble que cette querelle soit largement dépassée et que l'on s'accorde à reconnaître valeur normative au droit étranger (2), malgré que son régime devant les tribunaux soit plus proche de celui des questions de fait que de celui des questions de droit (3). S'il convient de reprendre ici brièvement la discussion, c'est parce que le problème de la fraude à la loi étrangère est celui qui pose le plus directement la question de l'impérativité de la loi étrangère. A cet égard, on peut s'étonner que l'on ait dénié au droit étranger le caractère d'un droit, sous le prétexte qu'il n'a pas pour le for la valeur d'un impératif ; on ne songe pas à dénier à la monnaie étrangère le caractère d'une monnaie, bien qu'elle n'ait pas cours légal hors du territoire où elle est émise. Il semble que les controverses passées procèdent d'une erreur de méthode formelle : de certains traits du régime de la loi étrangère devant les tribunaux, on a induit qu'elle n'était qu'un fait ; et de cette proposition on a déduit des conséquences nouvelles (4). Or ce raisonnement ne considère que la mise en œuvre judiciaire de la loi étrangère. Mais la loi étrangère n'est pas seulement prise en considération par un juge donné en tant qu'elle est susceptible d'être appliquée. Sa seule existence peut influencer sur la solution d'un litige, alors même qu'elle n'est pas applicable à la situation considérée ; il suffit d'évoquer par exemple le

(1) V. notamment DAVID (C.), *La loi étrangère devant le juge du fond*, Dalloz, 1965 ; FRANCESCAKIS, « La loi étrangère à la Cour de cassation », D., 1963, Chron. 7 ; LOUSSOUARN, « Le contrôle par la Cour de cassation de l'application des lois étrangères », *Trav. com. fr.*, 1962-64, p. 133 ; MAURY, « La condition de la loi étrangère en droit français », *Trav. com. fr.*, 1953, p. 97 ; MOTULSKY, « L'office du juge et la loi étrangère », *Mél. Maury*, t. 1, p. 337 et « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *Mél. Savatier*, p. 681 ; NIBOYET, « Qu'est-ce que la loi étrangère aux yeux des juges d'un pays déterminé ? », *Rev. dr. int. lég. comp.*, 1928.753 ; PONSARD, *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Loi étrangère* ; ROPERS, « La loi étrangère et le juge national », *J.C.P.*, 1967.I.210 ; ZAJTAY, *Contribution à l'étude de la loi étrangère en droit international privé français*, 1958. Adde : BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956 (notamment nos 47 à 56).

(2) V. notamment MOTULSKY, *Mél. Savatier*, p. 689 ; ROPERS, *op. cit.*

(3) FRANCESCAKIS, *op. cit.*, p. 9 ; LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 136. On a pu parler de « dégradation de la loi étrangère devant le juge local » (BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n° 56).

(4) Ce faisant, « on prenait ... pour point de départ ce qui n'est qu'un point d'arrivée ... contestable » (LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 137).

problème de la validité du contrat ayant pour objet la contrebande au détriment d'un Etat étranger pour comprendre comment : un tel contrat peut être annulé bien que sa conclusion et son exécution aient lieu dans le ressort du for, où la loi étrangère n'est cependant pas applicable. C'est pourquoi la question de l'impérativité de la loi étrangère doit être abordée plus largement que par l'examen de son régime devant les tribunaux. On est alors amené à constater l'égalité de principe de la loi étrangère, tenant à son identité de nature avec la loi du for, et sa situation d'infériorité, tenant à des considérations pratiques.

§ 1. — L'égalité de principe de la loi étrangère

220. Un Etat doit veiller, dans l'exercice de sa compétence internationale, à respecter les souverainetés étrangères. Ce devoir s'impose dans les relations entre Etats. Il s'impose également dans les rapports entre un Etat et les particuliers, d'une part, et dans la réglementation par l'Etat des rapports entre les particuliers d'autre part (1). L'égalité de principe de la loi étrangère est assez facilement reconnue en ce qui concerne les lois de droit privé ; elle l'est avec plus de réticence en ce qui concerne les lois de droit public, mais le principe n'en est pas moins certain.

221. 1) *Lois de droit privé.* — Par définition, les lois de droit privé sont celles dont l'application n'intéresse pas directement l'Etat. Deux conséquences découlent de ce facteur, dans l'ordre international : d'une part, l'autorité publique n'impose pas l'application des lois locales à toutes les situations dont elle vient à connaître et, d'autre part, elle accepte de donner effet aux lois étrangères *même sans contrepartie*. De là l'existence dans chaque pays d'un système de droit international privé, qui traduit la reconnaissance du caractère impératif des lois étrangères dans leur domaine (2). Il n'y a donc aucune différence de principe entre les lois du for et les lois étrangères, qui poursuivent le même objet dans des sphères différentes. Cette égalité est particulièrement marquée dans un système qui procède par règles de conflit bilatérales. La caractéristique de la règle de conflit bilatérale est qu'elle conduit indifféremment à

(1) *Supra*, Chap. I, n° 40 et s. *Adde* : l'affirmation de la Cour suprême des Etats-Unis : « Un acte du Congrès ne doit jamais être interprété comme violant le droit des gens s'il existe un moyen de l'interpréter différemment » (2 Cranch 64).

(2) Dans le système le plus territorialiste, où l'on ne crée de droits que par application de la loi locale, on apprécie néanmoins les droits acquis conformément à la loi du lieu où ils ont été conférés ; cf. la théorie anglo-saxonne des *vested rights*, dont une expression caractéristique se trouve dans BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws* (1935) et dans le premier *Restatement, Conflict of Laws* (1934).

l'application de la loi du for ou à celle d'une loi étrangère. En admettant même que l'on ne reconnaisse pas d'entrée à la loi étrangère le caractère d'un impératif, on a pu dire que « le propre de la règle de conflit est de restituer à la loi étrangère le caractère d'impératif que le passage de la frontière lui fait normalement perdre » (1). La règle de conflit bilatérale traduit donc l'identité de nature entre la loi étrangère et la loi du for. Or si l'on reconnaît la compétence de la loi étrangère dans une situation donnée, les autorités qui viennent à connaître de cette situation doivent respecter cette loi dans son intégrité. En particulier, un for donné doit être attentif à une allégation de violation internationale d'une loi étrangère, que ce soit par application de la loi du for ou par application d'une loi tierce. Le juge n'est pas plus libre d'ignorer une telle allégation qu'il ne l'est de statuer en équité, en énonçant à sa guise la teneur du droit étranger compétent; de même qu'il doit s'efforcer d'appliquer celui-ci tel qu'il est, il doit donc répondre à une allégation de violation du droit étranger (2). C'est seulement au stade de ses effets dans le ressort du for que le droit étranger se trouvera dans une situation inférieure, tenant à des impératifs pratiques (3).

222. 2) *Lois de droit public.* — L'intérêt direct de l'Etat à l'application des lois de droit public a pour conséquence que l'Etat veille à l'application de ses propres lois avec plus de diligence qu'en droit privé et qu'il n'applique pas normalement les lois de droit public étrangères. Cela ne signifie pas que celles-ci soient d'une nature différente de celle des lois du for et que leur violation soit indifférente à un for donné; cela signifie seulement que leur non-respect peut se justifier par l'intérêt supérieur du for.

223. L'idée selon laquelle un Etat donné se désintéresse de l'application des lois étrangères de droit public est ancienne. « Aucun pays ne prend en considération les lois fiscales d'un autre », affirmait en Angleterre un haut magistrat dans un *dictum* célèbre (4). En France, un auteur écrivait : « Il appartient à chaque peuple

(1) MOTULSKY, *Mél. Maury*, t. 1, p. 359; v. du même auteur, *Mél. Savatier*, p. 684.

(2) On pourrait même soutenir que ce n'est pas d'une prise de position sur la nature du droit étranger que dépend le point de savoir si un for donné doit prendre en considération la fraude à la loi étrangère. Si cette loi est considérée comme du *droit*, en premier lieu, la sanction en principe de la fraude ne fait pas de difficulté. C'est si on la considère comme du *fait* que l'on peut hésiter. Or cette qualification impose également de respecter l'intégrité de la loi étrangère qui doit être prise telle que le juge étranger l'interprète. Si par exemple on s'interdit de casser une décision pour violation de la loi étrangère, cela ne traduit nullement une infériorité de celle-ci; bien au contraire, le juge exprime ainsi qu'il s'interdit de donner de la loi étrangère une interprétation autre que celle dont la preuve a été rapportée devant le juge du fond.

(3) *Infra*, nos 227 et s.

(4) Lord MANSFIELD, dans *Holman v. Johnson* (1775) 1 Cowp. 341.

de se suffire à lui-même pour l'exécution de ses lois de police particulières. Les autres Etats n'ont que faire à s'immiscer dans une police qui ne les touche pas, qui ne les regarde pas» (1). Et l'on cite en France quelques décisions des tribunaux qui ont validé des opérations ayant pour but de frauder des lois étrangères, au motif que celles-ci n'ont pas pour le for le caractère d'un impératif (2). Il s'agissait en général de contrebande à l'encontre d'Etats étrangers, activité qui, au XIX^e siècle était parfois officiellement encouragée et facilitée (3). Or il est permis de penser que ces opinions et ces décisions, celles-ci constamment critiquées par la majorité de la doctrine, ne traduisent pas un principe, mais constituent au contraire des exceptions à un principe, celui du respect des souverainetés étrangères dans leur sphère légitime de compétence.

224. Il est exact d'affirmer que les lois de droit public sont d'application territoriale, en ce sens qu'il n'appartient pas à un Etat étranger de les faire exécuter ; c'est ainsi qu'un Etat donné ne collecte pas les impôts d'un Etat étranger (4). Mais ce serait une erreur

(1) LAROMBIÈRE, *Théorie et Pratique des obligations*, t. 1, p. 345.

(2) Un arrêt du Parlement d'Aix du 30 juin 1759, confirmant une décision de l'Amirauté de Marseille, est rapporté par EMERIGON, *Traité des assurances et contrats à la grosse*, Chap. VIII, Sect. V. A l'époque moderne, on relève tout d'abord deux décisions : Aix, 30 août 1833, S., 1834.2.161 et Cass., 28 août 1835, S., 1835.1.673. Mais l'arrêt de la Cour d'Aix relève le caractère normal et habituel de la guerre douanière que se livrent les nations (le blocus continental est récent). D'autre part, l'arrêt de la Cour de Pau, contre lequel le pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation, distinguait la simple ruse consistant à tromper les préposés de la douane étrangère, dont la licéité était encore affirmée, de la contrebande par corruption, déclarée immorale (Pau, 11 juill. 1834, avec Cass., 28 août 1835, préc.). La fraude n'était donc pas admise sans restriction.

Plus récemment, une opération visant à introduire de l'alcool aux Etats-Unis en violation de la prohibition a été validée par le Tribunal de commerce de Marseille (20 mai 1925, *Gaz. Pal.*, 1925.2.421), la Cour d'Aix (2 févr. 1926, S., 1926.2.105, note Pillet) et la Cour de cassation (Req., 28 mars 1928, S., 1928.1.305, note Niboyet). Mais ici encore, l'approbation n'est pas sans réserve ; pour les premiers juges, il s'agissait d'« une affaire à laquelle des commerçants sérieux n'auraient jamais dû songer ». La France devait signer avec les Etats-Unis le 30 juin 1924, une convention par laquelle elle s'engageait à prêter assistance aux Etats-Unis dans la répression de la contrebande d'alcool (v. *Rev. dr. mar. comp.*, t. XVII, p. 674) ; sur la convention, v. *Rép. Lapradelle-Niboyet*, V^e Contrebande, n^{os} 30 et s.

(3) Des entrepôts étaient organisés pour recevoir les marchandises destinées à être introduites frauduleusement en Angleterre (entrepôts de la Manche) ; v. S., 1907.2.308.

(4) V. en Angleterre, *Government of India v. Taylor* [1955] A.C. 491 ; « Le recouvrement des impôts est un acte d'administration... Nos tribunaux appliquent la loi étrangère si elle est la loi applicable (*proper law*) à un contrat litigieux. Le recouvrement des impôts n'est pas une question de contrat mais d'autorité et d'administration qui concerne les rapports entre l'Etat et les personnes placées sous sa juridiction » (Lord SOMERVILLE OF HARROW, p. 514-515). Ceci s'explique très simplement par le fait qu'il n'incombe pas aux contribuables d'un Etat donné de financer le recouvrement des impôts d'un Etat étranger, qui bénéficieront à d'autres.

Aux Etats-Unis, le problème s'est posé de savoir dans quelle mesure un Etat membre est tenu en vertu de la clause *Full Faith and Credit* de la Constitution

d'en conclure que chaque Etat constitue une place-forte à l'abri de laquelle on peut impunément mener les entreprises les plus agressives à l'encontre des souverainetés étrangères. Les Etats se doivent mutuellement le respect de leurs souverainetés, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas méconnaître la légitimité des mesures prises par l'un d'eux dans l'exercice normal de ses compétences (1). L'existence de rapports internationaux suppose le respect des lois édictées par un Etat étranger dont on ne peut arguer qu'elles offensent un intérêt légitime de l'Etat du for : « la reconnaissance en droit international public de l'Etat qui les édicte implique la présomption de leur légitimité en droit international privé » (2). On ne saurait mieux exprimer que le droit étranger, s'il n'a pas la même force obligatoire que le droit national, n'en doit pas moins être considéré comme du droit, dont le respect peut être assuré à ce titre. Une brève étude de droit positif français et comparé suffit à vérifier ces propositions.

225. La *jurisprudence* française n'a jamais validé sans restriction les opérations menées sur le territoire en vue de contrevenir aux lois étrangères. Tant à l'époque où la guerre douanière était proclamée une « bonne guerre » qu'à l'époque moderne, les tribunaux ont annulé des conventions portant sur la livraison, le transport, l'assurance ou l'exploitation en société de marchandises destinées à être introduites clandestinement dans un pays étranger (3). Les

(*supra*, n° 134) de reconnaître un jugement rendu dans un *sister-state* en matière fiscale. La Cour suprême fédérale a distingué l'action fondée sur un jugement rendu hors de l'Etat, et l'action elle-même ayant donné lieu à ce jugement, pour conclure que l'on ne peut refuser de reconnaître un jugement pour la raison qu'il a été rendu en matière fiscale : *Milwaukee County v. M.E. White Co.* 296 US 268 (1935).

(1) L'intérêt bien compris de l'Etat suffirait à dicter cette attitude, pour prévenir des mesures de rétorsion, pouvant aller jusqu'à l'intervention armée.

(2) BATIFFOL-LAGARDE, n° 598.

(3) Rennes, 1^{er} déc. 1826, S., Chron. 1825-27.293 ; Pau, 2 juill. 1886, *Clunet*, 1887.57 ; Trib. com. Dunkerque, 27 nov. 1906 et Douai, 11 nov. 1907, S., 1907.2.308, *Clunet*, 1908.138 ; Alger, 20 févr. 1925, *Clunet*, 1926.701 ; Trib. civ. Seine, 2 juill. 1932, *Rev. crit.*, 1934.770, note Niboyet ; Paris, 26 mars 1936, *Clunet*, 1936.931, note Tager ; Trib. com. Marseille, 9 déc. 1946, *Rev. crit.*, 1948.294, note Carabiber (infirmé par Aix, 20 mai 1947, même réf., mais au motif que « la lettre des accords d'affrètement ... ne décèle pas avec une suffisante certitude le but retenu par les premiers juges pour en prononcer la nullité ») ; Trib. civ. Seine, 4 janv. 1956, *Rev. crit.*, 1956.679, note H. B. ; Civ. com., 7 mars 1961, *Bull. civ.* III, n° 125, p. 112 ; Paris, 9 févr. 1966, *Rev. crit.*, 1966.264, note Louis-Lucas. *Adde* : l'arrêt du Conseil d'Etat du 14 janv. 1938, *Compagnie générale de la Grande Pêche*, S., 1938.3.25, note P. L., refusant une indemnité à une entreprise de contrebande d'alcool à destination des Etats-Unis, lésée par l'accord intervenu entre la France et les Etats-Unis sur la répression de ce trafic (*supra*, note (2), p. 168).

En Angleterre, l'arrêt *Holman v. Johnson*, préc., n'a pas été considéré comme un précédent applicable à une affaire de contrebande d'alcool vers les Etats-Unis : *Foster v. Driscoll* [1929] 1 K.B. 470 ; v. également *Regazzoni v. Sethia* [1956] 1 All. E.R. 229 (Q.B.). *Adde* : Trib. com. Luxembourg, 8 mars 1930, *Clunet*, 1931.229. Pour une étude de droit comparé, v. MESSINESI, *La contrebande en droit international privé*, 1932.

motifs de ces décisions doivent être soulignés. S'agissant de conventions, elles font en général appel à la notion de cause immorale, la référence à l'article 1133 du Code civil étant expresse ou implicite (1). Et un autre motif est presque toujours lié au premier : la violation délibérée des lois d'un Etat étranger est déclarée « contraire aux principes du droit naturel » (2), « réprouvée par la conscience publique » (3), « violant les principes du droit des gens » (4), « contraire à l'ordre public international » (5), « un manquement aux relations de bon voisinage et à la courtoisie internationale » (6), « une atteinte à la conscience publique et à l'ordre public international » (7). Le respect des dispositions prises par un Etat étranger dans l'exercice de sa compétence légitime apparaît ainsi comme un principe de droit international largement reconnu par les juridictions françaises, en vertu du respect que se doivent les souverainetés. Cette attitude a toujours reçu le soutien de la doctrine. Niboyet a ainsi montré qu'à côté de l'ordre public interne et de l'ordre public *dit* international du droit international privé (qui n'est qu'une application de l'ordre public *interne* à une situation débordant le cadre de l'Etat), il y avait lieu de reconnaître l'existence d'un ordre public véritablement international, fait des principes communs aux nations civilisées (8). Parmi ces principes figure celui de la sanction de « toutes les entreprises ayant pour but de contrevenir à des défenses édictées régulièrement par les Etats dans la sphère la plus légitime de leur compétence en vue de la défense de leur intégrité territoriale, économique, sanitaire, et même fiscale » (9). Cette vue est celle de la doctrine contemporaine (10) ; un auteur estime que les tribunaux sont trop timides dans l'affirmation de cet ordre public véritablement international (11). D'une façon générale, on constate l'abandon de la thèse selon laquelle le juge pourrait ignorer le droit public étranger (12).

(1) On parle aussi de cause illicite, mais ce fondement est moins satisfaisant puisque la loi étrangère n'a pas la même valeur impérative que la loi du for. La meilleure solution paraît être de déclarer ces opérations contraires aux bonnes mœurs ; v. en ce sens BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, nos 410 à 419.

(2) Rennes, 1^{er} déc. 1826, préc.

(3) Douai, 11 nov. 1907 et Alger, 20 févr. 1925, préc.

(4) Alger, 20 févr. 1925, préc.

(5) Trib. civ. Seine, 2 juill. 1932, préc.

(6) Trib. com. Marseille, 9 déc. 1946, préc.

(7) Trib. civ. Seine, 4 janv. 1956, préc.

(8) V. les notes au S., 1928.1.305, au S., 1934.2.73, et à la *Rev. crit.*, 1934.770. Sur la même notion envisagée d'un point de vue « publiciste », v. ROLIN, « Vers un ordre public réellement international », *Mél. Basdevant*, p. 440 et, d'un point de vue synthétique, FRANCESKAKIS, « Droit naturel et droit international privé », *Mél. Maury*, t. 1, p. 113.

(9) NIBOYET, note au S., 1934.2.73.

(10) V. la note signée H. B. sous Seine, 4 janv. 1956, préc. ; *adde* : BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, loc. cit.

(11) LOUIS-LUCAS, note sous Paris, 9 févr. 1966, préc.

(12) V. A. TOUBIANA, *op. cit.*, nos 202 à 214.

226. En *législation* également s'est traduit, dans certains pays, le respect des lois étrangères de droit public. Il en est notamment ainsi lorsqu'est érigé en infraction pénale le fait de mener depuis le territoire des opérations portant atteinte à la souveraineté d'un pays étranger. Aux Etats-Unis, par exemple, constituent des infractions fédérales le fait de « détenir des planches et gravures destinées à falsifier des obligations ou de la monnaie d'un pays étranger » (1), de « conspirer... dans le but de porter atteinte à la propriété d'un gouvernement étranger située à l'étranger » (2), d' « organiser une expédition militaire contre un gouvernement étranger avec lequel les Etats-Unis sont en paix » (3) ou d' « expédier sciemment des dépouilles d'animaux ou oiseaux sauvages abattus en contravention avec les lois d'un Etat étranger » (4). Chacune de ces dispositions manifeste le respect dû aux lois étrangères et la présomption de validité qui s'attache aux lois de droit public émanant d'un Etat reconnu. Si tous les Etats n'en édictent pas de semblables, c'est sans doute pour se ménager une arme en cas de non-respect de leurs propres dispositions par un Etat étranger ; on s'assure alors la réciprocité par un traité (5). En dehors même de tout traité, la sanction de la violation des lois étrangères peut être subordonnée à la réciprocité. Ainsi en France, l'article 695 du Code de procédure pénale, reprenant les dispositions d'une loi de 1866, dispose en son alinéa 1^o que : « Tout Français qui s'est rendu coupable de délits et contraventions en matière forestière, rurale, de pêche, de douanes, de contributions indirectes, sur le territoire de l'un des Etats limitrophes, peut être poursuivi et jugé en France, d'après la loi française, si cet Etat autorise la poursuite de ses nationaux pour les mêmes faits commis en France » (6). Le souci de réciprocité traduit la différence de régime entre les lois de droit public et les lois de droit privé. L'application d'une loi de droit privé à tel cas particulier n'intéresse pas directe-

(1) Title 18, U.S.C. Sections 481, 488. Cette disposition et celles qui suivent dans le texte sont citées par STEINER et VAGTS, p. 797 et s.

(2) Title 18, U.S.C. Section 956.

(3) Title 18, U.S.C. Section 960.

(4) Title 18, U.S.C. Section 43.

(5) Les plus importants des traités par lesquels un Etat s'engage à faire respecter les lois de droit public d'un autre Etat sont les traités d'extradition judiciaire et les traités d'entraide fiscale. V. également l'accord multilatéral sur le respect du contrôle des changes des Etats membres du Fonds monétaire international (art. VIII, Sect. 2 (b), F.M.I.). Sur ce texte et son application par les juridictions nationales, v. DRAKIDIS, « Du caractère « non exécutoire » de certains « contrats de change » d'après les statuts du Fonds monétaire international », *Rev. crit.*, 1970.363. En France, v. Paris, 21 juin 1961, *Rev. crit.*, 1962.67, note Loussouarn ; *Clunet*, 1962.718, note Gold et Lachman ; 14 mai 1970, *J.C.P.*, 1971.II.16751 et Chron. JUILLARD, *J.C.P.*, 1971.I.2399.

(6) Constitue de même une infraction aux Etats-Unis le fait d' « introduire des marchandises dans un pays étranger, à bord d'un navire battant pavillon des Etats-Unis, en violation des lois locales, si d'après les lois douanières de ce pays, une peine est prévue pour la violation des lois douanières des Etats-Unis » (Title 18, U.S.C. Section 546).

ment l'Etat ; aussi peut-il tolérer que cette loi soit méconnue par un autre Etat sans envisager de mesure de rétorsion. Au contraire, l'application des lois de droit public à tous les cas entrant dans leurs prévisions intéresse directement l'Etat ; comme tous les Etats ont les mêmes préoccupations fiscales, monétaires, militaires ou douanières, la plupart préfèrent réserver leur liberté d'action et le droit de répondre à une ignorance flagrante de leurs propres lois par une ignorance égale des lois de l'Etat qui s'en rend coupable. Mais les Etats ne sont pas en état de guerre larvée permanente (1). Chacun d'eux doit donc être attentif à une allégation de fraude à une loi étrangère. Il reste qu'en sanctionnant une telle fraude, un Etat va donner effet à la loi étrangère sur son propre territoire. A ce niveau se manifeste une certaine infériorité pratique de la loi étrangère.

§ 2. — L'infériorité pratique de la loi étrangère

227. L'infériorité pratique d'une loi donnée devant un juge autre que celui de l'Etat qui l'édicte se manifeste à un double point de vue. En premier lieu, il faut que cette loi soit connue du juge, ce qui pose le problème de la preuve de la loi étrangère (2), problème particulièrement aigu en cas de fraude possible (A). En second lieu, si le for vient à connaître d'une situation régie par une loi étrangère, c'est que l'Etat du for est intéressé à un titre quelconque, même si ce titre n'est pas prépondérant, à la solution du litige. Or le juge est tenu de faire prévaloir les intérêts divergents du for sur ceux de la loi étrangère, lorsque la contradiction est trop flagrante entre les uns et les autres : c'est ce que traduit le recours à la notion d'ordre public (B).

(1) Le temps n'est plus où une Cour d'appel pouvait affirmer : « la contrebande est un vice commun à toutes les nations ; ... c'est une sorte de guerre constante que les nations se livrent, même dans les temps de paix réelle, par suite des diverses prohibitions que les gouvernements établissent sur les marchandises ; ... cette position détermine alors un droit de représailles que l'on exerce réciproquement » (Aix, 30 août 1833, préc.). Il est au contraire admis que le respect des lois étrangères fait partie des exigences inhérentes à la société internationale (MOTULSKY, *Mél. Savatier*, p. 705, 706).

(2) L'expression de « preuve de la loi étrangère » est couramment employée. Mais on a pu faire observer que la loi étrangère n'est pas un objet de preuve au sens où les *faits* sont objets de preuve devant le juge, précisément en raison du caractère de la loi étrangère. Il y a bien identité de nature entre la norme française et la norme étrangère et les règles de la preuve judiciaire sont inapplicables : ainsi, on n'avoue pas la loi étrangère. Sur ces points, v. MOTULSKY, *Mél. Maury*, t. 1, p. 337 et s. Pour ces raisons, le même auteur préférerait parler de l'« établissement du contenu de la loi étrangère » (v. *Mél. Savatier*, p. 689).

A. — LA PREUVE DE LA LOI ÉTRANGÈRE.

228. Lors même que le for reconnaît la compétence d'une loi étrangère, il se pose à l'égard de celle-ci un problème de connaissance, qui la place dans une situation défavorable (1). Au point de vue de la fraude à la loi, cela se manifeste de deux manières différentes : dans une première série d'hypothèses, la loi étrangère n'est pas invoquée devant le juge, et il se pose alors le problème de son application d'office ; dans une seconde série d'hypothèses, la loi étrangère est invoquée, mais il y a doute sur son domaine d'application, notamment tel qu'il résulte de la jurisprudence étrangère de droit international privé.

229. 1) *Loi étrangère non invoquée.* Il se peut que la loi étrangère compétente ne soit pas invoquée, soit que le demandeur se présente seul et demande l'application de la loi du for, soit que les deux parties soient d'accord pour ne pas invoquer l'application de la loi étrangère. En appliquant en pareil cas la loi du for, sans rechercher si une loi étrangère n'a pas un titre supérieur à s'appliquer, le juge risque de se prêter à une fraude à la loi étrangère et, si cette attitude est régulière, de devenir l'objet d'un *forum shopping*. La position traditionnelle de la jurisprudence française à l'égard de ce problème est cependant que le juge n'applique pas d'office une loi étrangère non invoquée par les parties (2). Pratiquement, la question se pose essentiellement en matière de *divorce*, dans laquelle les intérêts des parties ne sont pas toujours contradictoires et dans laquelle il est relativement facile d'exercer des droits irrégulièrement acquis (3). A cet égard, la question avait été posée en doctrine de savoir si l'on allait permettre à des tribunaux français de prononcer le divorce d'époux n'invoquant pas leur loi nationale, alors qu'il serait notoire que celle-ci n'autorise pas le divorce et alors que la règle de conflit française reconnaît sa compétence (4). La question avait reçu une réponse unanimement négative, au nom du respect de la loi étrangère dont le contenu ne heurte pas l'ordre public du for, ainsi que du respect de la règle de conflit du for (5).

(1) « Si la loi étrangère est du droit, c'est du droit étranger ; elle n'est, en cette qualité, pas couverte par la présomption de connaissance pesant sur le juge quant aux règles du droit français (art. 4 C. civ.) ; et pratiquement, son accès est plus difficile que celui des normes françaises » (MOTULSKY, *Mél. Savatier*, p. 690).

(2) V. LOUSSOUARN, *Trav. com. fr.*, 1963, p. 136 ; GLASSON, TISSIER et MOREL, *Procédure civile*, t. II, n° 593.

(3) *Supra*, Chap. II.

(4) V. MAURY, *Trav. com. fr.*, 1948-52, p. 116.

(5) V. en réponse à la communication précitée de M. Maury au Comité français de droit international privé les interventions de Lerebours-Pigeonnière (p. 126) et de M. Batiffol (p. 129).

V. les interventions devant le même Comité (Travaux de l'année 1963) de MM. Batiffol (p. 156), L. Mazeaud (p. 168), Loussouarn (p. 169) et Motulsky (p. 169). *Adde* : MOTULSKY, *Mél. Maury*, t. 1, p. 363 et 365, et *Mél. Savatier*, p. 686 ; ROPERS, *J.C.P.*, 1967.I.2101.

230. C'est pourtant dans le sens opposé que s'est prononcée la Cour de cassation lorsque la question s'est trouvée posée à elle. Il s'agissait en l'espèce de deux époux de nationalité espagnole, dont la séparation de corps avait été convertie en divorce. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel, en énonçant que « les règles françaises de conflits de lois ne sont pas d'ordre public en tant qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère » (1). Bien que cette solution ait été réaffirmée depuis (2), elle ne traduit cependant pas exactement le droit positif. Dans un arrêt qui suivit de peu l'arrêt *Bisbal*, mais rendu dans une matière autre que le divorce, la Cour de cassation a en effet affirmé qu'il est « loisible » au juge français de faire application d'une loi étrangère qui n'a pas été invoquée par les parties (3). Cette formule traduit le compromis inévitable entre le souci de respecter autant que possible les lois étrangères, ainsi que le règlement français de conflit, et l'impossibilité pour le juge de connaître toutes les lois étrangères. Il reste cependant qu'en matière de divorce, la solution risque en définitive de dépendre du sentiment personnel du juge et qu'il peut ainsi se créer un foyer de *forum shopping*. Il est difficile de savoir dans quelle mesure les tribunaux français se prêtent ainsi au divorce d'époux dont la loi personnelle interdit celui-ci, car si l'accord des parties subsiste jusqu'au terme de la procédure, la question n'est pas soulevée. Mais la jurisprudence n'est pas exempte de décisions dans lesquelles le juge a pris l'initiative de surseoir à statuer et d'inviter les parties à apporter la preuve de leur loi personnelle, comme il avait été suggéré en doctrine (4). Un certain nombre de décisions, aussi bien postérieures qu'antérieures à l'arrêt *Bisbal*, manifestent ainsi le souci du juge de respecter les lois étrangères. D'autres manifestent le même souci à l'occasion de demandes en exequatur d'un jugement étranger.

231. Il arrive tout d'abord que le juge français repousse une demande en divorce formée par un étranger, en se déclarant incompetent (5). Dans ce cas la solution paraît moins inspirée par le désir de respecter telle loi étrangère qui n'admettrait pas le divorce,

(1) Civ., 12 mai 1959, *Bisbal*, *Rev. crit.*, 1960.62, note Batiffol, D., 1960.610, note Malaurie, *J.C.P.*, 1960.II.11733, note Motulsky.

(2) Civ., 11 juill. 1961, *Bertoncini*, *Rev. crit.*, 1962.124, note Batiffol. Une différence paraît cependant distinguer cette affaire de la précédente : les faits de la cause n'établissaient pas, semble-t-il, la nationalité italienne des parties ; dans ce cas, le rejet du pourvoi se justifie autrement que par une moindre impérativité de la loi étrangère.

(3) Civ., 2 mars 1960, *Rev. crit.*, 1960.97, note Batiffol.

(4) V. les remarques de M. Batiffol au Comité français de droit international privé, *Trav. com. fr.*, 1963, p. 156.

(5) Ord. prés. Trib. Seine, 28 sept. 1959, *Rev. crit.*, 1959.504, note Francescakis ; *J.C.P.*, 1960.II.11716, note Bellet ; confirmée par Paris, 10 nov. 1959, *Rev. crit.*, 1960.218, note Ph. F., *Clunet*, 1960.792, note Ponsard, D., 1960.587, note Malaurie ; rapp. Paris, 3 mars 1961, *Gaz. Pal.*, 1961.2.157.

que par celui de respecter le règlement français de conflit de juridictions; mais la différence est largement formelle, étant donné le lien étroit entre l'exercice par les tribunaux de leur compétence internationale et le respect des lois étrangères, notamment lorsqu'il s'agit de rendre un acte constitutif d'état (1). Dans d'autres cas, le juge se place délibérément sur le terrain de la compétence législative et il soulève d'office la compétence de la loi étrangère (2), ou bien il surseoit à statuer et invite les parties à faire la preuve de la loi étrangère, ou à justifier l'applicabilité de la loi française (3). On peut se demander pourquoi le juge français, chargé de faire respecter une politique législative hostile au divorce et en tout cas tenu par les principes du droit international privé, ne s'est pas dans tous les cas opposé au divorce de nationaux dont la loi l'interdit. Il se peut qu'il hésite à appliquer leur loi nationale à des étrangers établis en France depuis de nombreuses années, parce qu'il a le sentiment que la loi française peut légitimement s'appliquer dans ce cas, nonobstant la règle tirée de l'article 3, alinéa 3 du Code civil (4). Il ne se soucie alors que de ne pas prononcer le divorce entre étrangers qui saisiraient les tribunaux français à la faveur d'un bref séjour (faux conflit). Tel paraît être le sens à donner à un motif du Tribunal de grande instance de Paris selon lequel « *en l'absence de fraude à la loi étrangère*, il y a lieu d'appliquer la loi française au divorce d'époux de nationalité italienne, dès lors qu'aucun d'eux ne sollicite l'application de la loi italienne, et que la femme justifie avoir habité en France depuis de nombreuses années » (5). C'est la même idée qui a sans doute inspiré la Cour de cassation dans l'important arrêt *Corcos*, lorsqu'elle a déclaré que « le divorce d'époux de nationalité différente est, quelles que soient les dispositions des lois régissant leurs statuts respectifs, soumis à la loi de leur domicile effectif commun » et que « c'est à bon droit que les juges du fond, qui ont constaté l'habitation commune des époux en France, ont admis l'application de la loi française à l'action en divorce du mari sans qu'il fût besoin de déterminer sa nationalité dès lors qu'il

(1) *Supra*, nos 57 et s.

(2) Trib. civ. Seine, 8 oct. 1965, *Clunet*, 1967.367, obs. Kahn (application d'office de la loi espagnole non invoquée); v. déjà Paris, 17 déc. 1920, *Clunet*, 1921.521.

(3) Paris, 29 juin 1954, *Rev. crit.* 1955.127 note Batiffol (pour pouvoir invoquer les dispositions du Code civil le demandeur est invité à justifier qu'il n'a pas perdu la nationalité française).

(4) Sur les insuffisances de ce point de vue du rattachement à la nationalité, *supra*, n° 38.

(5) Trib. gr. inst. Paris, 13 déc. 1967, *J.C.P.*, 1968.IV.75, *Clunet*, 1968.353, obs. Kahn (c'est nous qui soulignons). La mention de l'« absence de fraude à la loi étrangère » est significative : il n'y a ni fraude au sens actif, les parties ne s'étant pas déplacées pour saisir le tribunal (au demeurant le divorce n'avait aucune chance d'être reconnu dans leur Etat national), ni fraude au sens passif, la loi nationale ayant perdu une large part de son titre à s'appliquer, ou fait de l'expatriation des époux.

était constant qu'il n'avait pas la nationalité de sa femme» (1). Il semble donc que les juges français opèrent une sélection entre les cas où le prononcé du divorce par application de la loi française pourrait consacrer une fraude à la loi étrangère et ceux où l'établissement des époux, voire du demandeur seul, paraît suffisant pour justifier l'application de la loi française (2); dans le premier cas, ils invoquent l'application de la loi étrangère, dans le second, ils appliquent délibérément la loi française. On a cependant fait observer que si des étrangers sont suffisamment intégrés à la société française pour invoquer l'application de la loi du for à leur statut personnel, leur première démarche devrait consister à demander la nationalité française (3). Il ne paraît en effet pas normal que le même individu puisse échapper à certaines obligations — notamment de droit public — attachées à la qualité de national, tout en bénéficiant de l'application du statut local de droit privé; là réside la véritable fraude à la loi. Il serait peut-être souhaitable que les tribunaux français pèsent ces considérations avant d'omettre délibérément de soulever d'office l'application de lois étrangères dont la teneur est notoire et à l'empire desquelles les intéressés n'ont pas manifesté l'intention de se soustraire définitivement.

232. La question de l'application d'office de la loi étrangère se pose également en matière d'exequatur. Dans ce cas, il est encore plus fréquent que le débat ne soit pas véritablement contradictoire, parce que le défendeur réside en pays étranger et fait défaut (4). Le demandeur se gardera alors d'attirer l'attention sur ce que le jugement étranger est irrégulier au regard de la loi plus compétente d'un pays tiers. Il appartient donc au juge de l'exequatur de manifester une certaine vigilance, et d'inviter au besoin les parties à

(1) Civ., 22 févr. 1961, *Rev. crit.*, 1961.382, note Batiffol, *Clunet*, 1961.734, note Goldman, D., 1961.437, note Holleaux. La Cour s'est fondée sur ce que les époux n'avaient pas une nationalité commune, ce qui est une raison artificielle si l'on considère le cas où la loi personnelle de l'un et l'autre époux interdit le divorce (sur ce point, v. note Loussouarn, *Rev. crit.*, 1957.641). C'est donc la précision du domicile *effectif* qui est essentielle.

C'est encore la même idée qui inspire la règle *Tarwid* dans le cas où les époux ne vivent pas dans le même pays; la Cour de cassation a affirmé dans ce cas la compétence de la loi du for *régulièrement* saisi du divorce, ce qui implique sans doute une résidence effective du demandeur (Civ., 15 mai 1961, *Rev. crit.*, 1961.547, note Batiffol, *Clunet*, 1961.734, note Goldman, D., 1961.437, note Holleaux).

Les décisions *Rivière*, *Cocos* et *Tarwid* traduisent l'aménagement nécessaire de la règle de conflit tirée de l'art. 3, al. 3 C. civ. pour tenir compte du facteur « temps ».

(2) En vérité, il est peu vraisemblable qu'un divorce entre nationaux d'un Etat qui l'interdit soit reconnu dans l'Etat d'origine des époux; aussi un tel divorce ne peut-il pas consacrer une fraude complète, c'est-à-dire dont les époux se prévaudraient dans le ressort de la loi évincée. Mais les époux pourraient se prévaloir du divorce français dans un Etat tiers.

(3) BATIFFOL, *La loi personnelle*, Cours I.H.E.I., 1966-67.

(4) Sur la difficulté de déterminer le défendeur à une instance en exequatur, v. BATIFFOL, *L'effet des jugements étrangers*, Cours I.H.E.I., 1965-66, p. 158.

justifier de la compétence du tribunal ayant rendu la décision. Quelques décisions françaises manifestent ainsi l'hostilité à la fraude à la loi, en l'occurrence à la fraude à la loi étrangère. Dans une espèce où un divorce avait été prononcé entre un Anglais et une Américaine à Reno (Nevada), le tribunal invita le demandeur en exequatur à établir que le domicile matrimonial était hors de France au moment du divorce (1). Ce faisant, la décision paraît vouloir faire respecter la compétence des tribunaux français. On peut penser qu'il ne s'agit là que d'un prétexte ; s'agissant de deux étrangers, cette compétence n'est pas une fin en soi, et il importe assez peu à l'ordre public français que des époux anglo-américains, même mariés en France et y ayant un établissement, divorcent devant un tribunal américain plutôt que devant un tribunal français. Ceci paraît confirmé par deux autres décisions dans lesquelles le juge de l'exequatur a invité les parties à justifier la compétence du tribunal étranger, sans faire allusion à une possible compétence des tribunaux français (apparemment insoutenable) (2). Autant que le désir de faire respecter une loi étrangère non invoquée (ici par le biais du contrôle de la compétence juridictionnelle), ces décisions manifestent l'hostilité du juge français à l'encontre de tous les divorces migratoires ; or la notoriété de certains tribunaux est de nature à attirer l'attention du juge, lorsqu'on lui présente une décision émanant d'eux (3). Cette hostilité du juge est la même, que la loi évincée soit la loi du for ou une loi étrangère, car c'est l'attitude des parties qui est visée en pareil cas. Cependant, lorsque la loi évincée est une loi étrangère, on peut se demander si le juge ne devrait pas en premier lieu considérer l'attitude de la loi étrangère apparemment évincée, pour rechercher dans quelles conditions elle sanctionne elle-même sa propre violation internationale. Or il s'élève à cet égard une deuxième difficulté tenant à l'extranéité de la loi : à supposer que celle-ci soit invoquée, il faut encore en établir le domaine d'application.

233. 2) Détermination du domaine d'application international de la loi étrangère. — Les problèmes généraux que soulève la détermination de la teneur d'une loi étrangère ont été évoqués (4). Le plus délicat d'entre eux, souvent ignoré, est peut-être celui de la détermination du domaine d'application international de la loi étrangère, préalable à la constatation d'une violation internationale de cette loi. Il suffit de se demander quel est précisément le domaine

(1) Trib. civ. Seine, 11 janv. 1956, *Aly Khan*, *Clunet*, 1956.1022, note Goldman, *Rev. crit.*, 1956.128, note Bellet ; *J.C.P.*, 1956.II.9223, note Louis-Lucas.

(2) Trib. civ. Seine, 28 nov. 1956, *Clunet*, 1957.148, note Sialelli ; Trib. gr. inst. Seine, 8 juill. 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13537, note J. A., *Clunet*, 1964.325, obs. Sialelli.

(3) Les trois décisions précitées avaient trait à des divorces rendus dans le Nevada.

(4) *Supra*, n° 60.

d'application des lois françaises sur l'état des personnes, tel qu'il s'exprime à travers la jurisprudence de droit international privé, pour comprendre ce que peut être la difficulté d'une telle détermination s'agissant d'un droit étranger. Encore lorsque le juge interprète la loi interne dans une espèce internationale participe-t-il à l'élaboration du droit positif ; il le façonne. On peut discuter le bien-fondé d'une solution donnée : elle n'en constitue pas moins une interprétation authentique de la loi. S'agissant d'une loi étrangère, il n'appartient pas au juge de dire le droit ; aussi est-il toujours à craindre qu'il se trompe sur la portée exacte du droit étranger et participe en toute bonne foi à une violation internationale de la loi étrangère. Deux exemples empruntés à la jurisprudence française permettent d'illustrer la difficulté d'interpréter une loi étrangère pour déterminer son domaine d'application international et, partant, pour déterminer si l'on n'entérine pas une fraude à cette loi.

234. Dans une affaire dont la Cour de Paris eut à connaître en 1956 se posait la question du divorce de deux époux brésiliens. La règle de conflit française donne en ce cas compétence à la loi nationale des époux. La loi d'Introduction du Code civil brésilien (décr.-loi, n° 4657 du 4 sept. 1942) dispose en son article 7 que la loi du domicile régit l'état des personnes et plus particulièrement les droits de famille. Il y avait donc, à supposer que les intéressés soient domiciliés en France, un renvoi de la loi brésilienne à la loi française. Mais la Loi d'introduction du Code civil brésilien ajoute en son article 7-6° qu'un divorce prononcé à l'étranger entre Brésiliens ne sera pas reconnu au Brésil (de même que le divorce prononcé entre un époux brésilien et son conjoint étranger, en ce qui concerne le premier). La question se posait alors aux tribunaux français de savoir dans quelle mesure cette disposition interdisait le divorce de deux Brésiliens vivant à l'étranger. Le Tribunal de la Seine estima que l'on ne pouvait, en se fondant sur la loi brésilienne, prononcer le divorce que cette législation proscriit (1). Telle ne fut pas l'interprétation de la Cour de Paris, pour laquelle la loi brésilienne contenait au profit de la loi du domicile « un renvoi qui, pour limité qu'en soit la portée, n'en est pas moins caractéristique et confère compétence à cette loi pour dissoudre valablement, sauf seulement au Brésil, le lien conjugal » (2). Cette interprétation peut surprendre. Un commentateur a observé qu'« en disant que le divorce prononcé à l'étranger de sujets brésiliens ne sera pas reconnu au Brésil, le législateur brésilien n'a pas voulu admettre ... que ce divorce aura, de son point de vue, un effet quelconque en d'autres pays. Il a prononcé la plus forte condamnation du divorce à l'étranger qu'il ait pu prononcer » (3). Pourtant, l'interprétation de la Cour de

(1) Trib. civ. Seine, 10 juin 1955, *Bueno*, *Rev. crit.*, 1956.504, note Mezger.

(2) Paris, 15 mars 1956, *Rev. crit.*, 1956.504, note Mezger, *J.C.P.*, 1956.II.9351, note Louis-Lucas ; *Clunet*, 1957.140, obs. Sialelli.

(3) MEZGER, note à la *Rev. crit.*, 1956.509.

Paris est également défendable ; si deux Brésiliens sont domiciliés à Paris, le conflit entre la loi française et la loi brésilienne est un vrai conflit, dans lequel la loi française a un titre légitime à s'appliquer et il n'est pas indispensable, comme la loi brésilienne elle-même paraît le suggérer, de faire peser sur eux la prohibition de leur loi personnelle (1). Quelle que soit donc la solution adoptée, il n'est pas possible d'affirmer que l'on ne s'est pas fourvoyé dans l'interprétation de la loi étrangère (2).

235. La question de la fraude à la loi étrangère était ouvertement posée dans une affaire où il s'agissait d'accorder l'exequatur à un jugement de divorce prononcé au Mexique entre deux époux domiciliés dans l'Etat de New York. Invoquant la compétence de la loi de New York pour s'opposer à l'exequatur, la défenderesse exposait les circonstances surprenantes dans lesquelles le divorce avait été rendu ; en particulier, le seul lien des époux avec le Mexique paraissait consister en un séjour de l'un d'eux sur le sol mexicain « pouvant s'évaluer en minutes ». A ceci le mari demandeur répondait qu'il s'agissait d'une pratique courante et reconnue par les tribunaux de l'Etat de New York. Cette assertion était largement exacte (3). Toutefois, il n'était pas permis d'affirmer que dans tous les cas un divorce rendu dans ces conditions serait reconnu à New York : la solution dépendait pratiquement des circonstances dans lesquelles l'irrégularité du divorce étranger viendrait à être invoquée. Au demeurant, dans l'affaire en question, le certificat de coutume produit par le demandeur en exequatur lui-même et émanant d'une autorité qualifiée, énonçait que la question de la reconnaissance des divorces mexicains n'avait pas été résolue par la Cour d'appel de New York, juridiction suprême de cet Etat. On conçoit l'embarras des juges français, désireux de respecter la loi étrangère, mais à qui l'on exposait que la fraude à la loi de droit international était couramment pratiquée et tolérée. La Cour de Paris énonça finalement que le juge français n'était nullement tenu, pour se prononcer, « de rechercher quelle serait... la réaction de l'Etat où les parties avaient leur domicile effectif » (4). Il était effectivement difficile, dans une telle situation, de se prononcer au nom du droit étranger ;

(1) Sur les solutions du droit brésilien, v. VALLADAO, « Les effets des jugements étrangers de divorce », *Rev. crit.*, 1959.447.

(2) La Cour de Paris constata finalement dans cette affaire, que le mari n'était pas domicilié en France, non sans relever qu'il se présentait « comme un défendeur singulièrement complaisant et désireux de voir sa femme triompher dans sa demande » (Paris, 21 déc. 1956, *Rev. crit.*, 1957.641, note Loussouarn). On peut donc voir dans cet arrêt un exemple de sanction préventive d'une fraude à la loi étrangère, par le refus d'exercer sa compétence internationale, et sans qu'il soit fait expressément mention de la fraude (*infra*, n^{os} 242 et s.).

(3) *Supra*, n^{os} 94 et 95.

(4) Paris, 18 juin 1964, *de Gunzbourg, Clunet*, 1964.810, note Bredin ; *Rev. crit.*, 1967.340, note Déperez, confirmant Seine, 14 mai 1962, D., 1962.653, note Malaurie, *Clunet*, 1963.110, note Bredin (v. également Trib. civ. Seine, 3 juin 1938, *Clunet*, 1939.87). Il semble que la Cour se serait mieux exprimée en disant qu'elle n'était nullement liée par la réaction de l'Etat du domicile.

mais l'affirmation de la Cour de Paris est en contradiction formelle avec la règle de conflit française, donnant compétence en l'espèce à la loi de New York. L'exemple montre bien la difficulté pour un juge donné saisi d'une allégation de fraude à une loi étrangère, de déterminer le domaine d'application exact de la loi étrangère et en particulier le degré de résistance qu'elle offre à une violation internationale. Cette difficulté peut conduire le juge à recourir aux conceptions du for. Or un tel recours n'est jamais totalement injustifié, dès lors que la loi étrangère prétend être prise en considération extra-territorialement : c'est aussi pourquoi le for est fondé à considérer le contenu de la loi étrangère, pour le confronter à celui de la loi locale.

B. — LE CONTENU DE LA LOI ÉTRANGÈRE ET L'ORDRE PUBLIC DU FOR.

236. Un Etat donné ne peut pas ne pas prendre en considération l'existence des lois étrangères et leur caractère impératif dans leur domaine d'application légitime. Or ce domaine d'application n'est pas limité au territoire : deux époux ne perdent pas cette qualité par le fait qu'ils franchissent une frontière. Mais dans la mesure où une loi donnée s'applique extra-territorialement, sa légitimité cesse d'être exclusive : elle s'exerce *concurrentement* avec celle de la loi locale. Si un for donné vient à connaître d'une question qui fait intervenir une loi étrangère, même à un titre prépondérant, ce for n'est jamais complètement désintéressé. Lorsque les rattachements avec une loi étrangère sont prépondérants, un Etat tolère normalement la non-application de sa loi (supposée différente). Il se peut cependant qu'un critère *qualitatif* s'oppose dans ce cas à la reconnaissance d'une loi étrangère : il en est ainsi lorsque les conceptions de la loi étrangère s'écartent fortement des conceptions locales, à tel point que la prise en considération de la loi étrangère serait une source de scandale dans le ressort du for, qu'il troublerait l'*ordre public*. Ainsi se manifeste une deuxième infériorité de la loi étrangère hors du territoire où elle est édictée : sa compétence s'exerce *concurrentement* avec celle de la loi locale et les nécessités de l'ordre public local peuvent s'opposer à ce qu'elle soit appliquée ou simplement prise en considération à un titre quelconque. Il apparaît ainsi que le refus de tenir compte d'une loi étrangère donnée, s'il implique fréquemment une nuance de désapprobation à l'égard du contenu de cette loi, peut donc toujours se recommander de raisons objectives tenant à la nécessité pour l'autorité locale d'assurer la paix publique.

237. C'est ainsi que certaines décisions ayant validé des opérations ayant pour but de frauder une loi étrangère s'expliquent clairement par le caractère offensant pour la justice de ses dispositions, sans que ce motif apparaisse toujours expressément. Par

exemple, lorsque la Cour de Colmar valida des opérations ayant pour but de faire sortir clandestinement d'Allemagne des capitaux appartenant à des exilés politiques (1), elle affirmait implicitement le caractère choquant pour l'ordre public français des dispositions allemandes, parce que « la combinaison de l'exil et de l'interdiction d'exporter les capitaux revenait à une confiscation » (2). Lorsque par ailleurs des décisions françaises ont refusé de laisser produire effet aux décrets de nationalisation soviétiques, la compétence des autorités étrangères n'était pas déniée, mais le respect des mesures d'expropriation sans indemnité était considéré comme heurtant par trop le sentiment local de la justice (3). De la même manière, en droit privé, lorsque l'application de la loi étrangère compétente est écartée par l'exception d'ordre public, la décision peut s'expliquer par le seul fait que sa prise en considération heurterait le sentiment local dans une mesure telle que la paix publique en serait menacée ; il en serait ainsi par exemple si l'on refusait de reconnaître en France le mariage de deux étrangers, parce que célébré en violation d'un empêchement racial ou religieux édicté par leur loi personnelle. Ainsi la sanction d'une fraude à la loi étrangère peut-elle être paralysée parce que cette sanction, dont l'effet est d'affirmer l'applicabilité de la loi étrangère, heurterait l'ordre public local. Ceci ne traduit nullement une infériorité de principe de la loi étrangère, mais seulement le fait que la loi étrangère est toujours prise en considération en concurrence avec la loi du for, même moins compétente eu égard aux rattachements de la situation en question, et dont les conceptions doivent nécessairement prévaloir en cas de divergence profonde.

(1) Colmar, 24 juin 1932, S., 1934.2.73, note Niboyet, *Clunet*, 1933.337 ; 16 févr. 1937, *Rev. crim.*, 1937.685, obs. Batiffol ; D.P., 1939.2.25, note Silz. Dans le second arrêt la réprobation des juges à l'égard de la loi allemande est plus marquée que dans le premier ; une comparaison des dates peut éclairer cette différence.

Il a été montré par ailleurs que le respect des lois étrangères de droit public est parfois assuré au nom de l'ordre public « international » (*supra*, n° 225). C'est pourquoi dans le second arrêt ci-dessus, le demandeur faisait valoir que la violation des lois d'un pays étranger était contraire à l'ordre public ». A ceci la Cour répondit qu'« un acte... qui a pour but de procurer à un sujet allemand, ayant dû quitter son pays en raison du changement de la situation politique, les moyens de subsistance nécessaires en lui permettant d'entrer en possession de partie de son patrimoine ne peut d'aucune façon troubler l'ordre public, ni être considéré comme immoral ». Il s'agissait dans le premier cas de droit international des compétences, dans le second de droit international matériel.

(2) BATIFFOL-LAGARDE, n° 598.

(3) V. par ex. Aix, 23 déc. 1925, S., 1926.2.1, note Audinet.

SOUS-SECTION I

FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE PAR APPLICATION
DE LA LOI DU FOR

238. On sait que l'application de la loi du for à une situation qui ne lui est pas rattachée par des liens prépondérants peut constituer une fraude à la loi étrangère (1). C'est par conséquent de manière préventive et par le refus d'exercer sa compétence internationale qu'un for donné va normalement « sanctionner » la fraude à la loi étrangère (A). Mais la question de la fraude à la loi étrangère par application de la loi du for peut également être soulevée après que des droits aient été reconnus, à l'occasion d'une demande en annulation ou en inopposabilité. Cette situation est relativement rare, parce qu'à supposer que le for se soit prêté à une fraude à la loi étrangère, c'est normalement dans le ressort de la loi évincée que l'irrégularité sera soulevée ; l'on y invoquera l'inopposabilité des droits acquis à l'étranger. Par exemple, si une société a été constituée dans le pays A en fraude à la loi du pays B où elle exerce son activité principale, c'est dans le second pays que l'irrégularité sera normalement invoquée. L'hypothèse d'une action dans l'Etat d'origine n'est cependant pas à exclure et c'est pourquoi l'on envisagera en second lieu l'appréciation de la validité de droits conférés par la loi locale (B).

A. — REFUS D'EXERCER SA COMPÉTENCE INTERNATIONALE.

239. Dans l'hypothèse ici envisagée, une autorité publique est requise d'appliquer sa loi à une situation internationale. Il peut s'agir d'une autorité administrative (mariage, naturalisation, constitution de société) ou d'une autorité judiciaire (divorce). Estimant que l'application de la loi locale consacrerait une violation substantielle de telle loi étrangère et que le demandeur se présente vraisemblablement mu par le désir de faire fraude à cette loi, l'autorité saisie *peut* refuser d'accéder à la demande. Elle ne le fera pas nécessairement, parce que le contenu de la loi étrangère peut heurter l'ordre public local, à tel point que l'on ne verra pas d'inconvénient à se prêter à la violation de la loi étrangère. Par exemple, on ne refusera pas de marier deux étrangers dont la loi personnelle interdit l'union pour des raisons raciales ou religieuses (2). Il se peut cepen-

(1) *Supra*, Chap. I, n° 40 et s.

(2) Mais il faut préciser qu'en pareil cas, l'autorité locale ne consacre sans doute pas une véritable fraude à la loi étrangère : car les intéressés n'auront vraisemblablement pas la possibilité d'exercer les droits acquis dans le ressort de la loi méconnue ; celle-ci perd donc le titre qu'elle pouvait avoir à s'appliquer au profit de la loi dans le ressort duquel les droits sont exercés.

dant que le contenu de la loi étrangère soit suffisamment proche de celui de la loi locale pour que l'on accepte de prendre la loi étrangère en considération et pour que de son côté le demandeur ait une chance raisonnable de pouvoir exercer les droits sollicités dans le ressort de la loi étrangère. En pareil cas, l'autorité saisie doit normalement s'opposer à la fraude à la loi étrangère. Quant au mode de sanction, le caractère préventif de celle-ci a pour conséquences le domaine limité de l'exception de fraude et même le rôle réduit de l'argument tiré d'une fraude dans une décision d'incompétence autrement fondée.

240. 1) *Domaine limité de l'exception de fraude.* — On sait que l'exception de fraude repose exclusivement sur la démonstration d'une intention (1), laquelle n'est en général établie objectivement que par le comportement de l'intéressé postérieurement à l'intervention de l'autorité publique (2). Puisque l'on se trouve ici par hypothèse au stade où l'autorité publique est priée d'exercer sa compétence, il est clair que l'exception de fraude ne peut normalement trouver à s'appliquer (3). On mesure une fois encore l'inconvénient d'une théorie de la fraude qui se limiterait à l'exception de fraude; cette théorie s'exposerait à laisser hors de son domaine des hypothèses qu'elle doit nécessairement comprendre.

241. Au demeurant, l'application de l'exception de fraude supposerait qu'une fois saisie, l'autorité publique concernée ait le pouvoir de ne pas exercer sa compétence. Tel n'est pas toujours le cas. Si par exemple un officier d'état civil français peut dans certaines conditions refuser de marier deux étrangers (4), ou si un tribunal français pourrait ne pas appliquer la loi locale à une société constituée en France (5), il serait difficile à l'un ou l'autre de refuser l'application du statut personnel français à un étranger naturalisé. Ceci les placerait non seulement en contradiction avec l'autorité administrative ayant conféré la nationalité, ce à quoi la séparation des pouvoirs pourrait faire obstacle pour le juge judiciaire, mais surtout avec l'autorité législative. Celle-ci, en fixant les conditions de la naturalisation, paraît avoir décidé qu'une fois ces conditions réunies et sanctionnées, un conflit avec le statut personnel étranger doit

(1) *Supra*, n° 187.

(2) *Supra*, nos 129 et s.

(3) Il pourrait arriver cependant que le juge ait une conviction suffisante de l'intention de fraude du demandeur; v. l'affaire *Dawn Addams*, *infra*, n° 243. Certains tribunaux américains ont déclaré un divorce étranger inopposable dans leur ressort avant même que ce divorce soit rendu (v. les décisions citées par VON MEHREN et TRAUTMAN, 81 *Harv. L. Rev.*, 1643 (1968)).

(4) *Infra*, n° 381 et s.

(5) V. l'art. 3 de la loi du 24 juillet 1966 dont la rédaction autoriserait une telle décision (*infra*, n° 531).

être résolu en faveur de la loi du for (1). Ceci est une première justification de l'arrêt *Mancini*, dont on a parfois exagéré la portée en y voyant un refus de principe de sanctionner la fraude à la loi étrangère (2). La sanction d'une fraude à la loi étrangère par application de la loi du for est une sanction préventive, qui se manifeste par le refus d'exercer sa compétence.

242. 2) *Rôle de la fraude dans la décision de refus d'exercer sa compétence internationale.* — La conviction chez l'autorité saisie qu'elle commettrait un abus de souveraineté et se prêterait à une fraude à la loi étrangère en accordant ce qui lui est demandé doit se traduire par le refus d'exercer sa compétence : refus d'accorder la naturalisation sollicitée, de célébrer le mariage projeté, de prononcer le divorce demandé. Cette dernière hypothèse doit être soulignée, parce que la question se pose à deux stades dans un système qui, comme le système français, dissocie en l'espèce la compétence « organique » de la compétence au fond ; la première n'y préjuge pas, selon les principes, la seconde. Une demande de divorce qui paraît introduite en France dans un but de fraude à une loi étrangère peut donc être repoussée par une déclaration d'incompétence juridictionnelle (refus de se prononcer sur le divorce) ou par une déclaration d'incompétence législative accompagnée d'une « application » de la loi étrangère (3). La question de savoir si l'une est préférable à l'autre dépend du parti plus ou moins territorialiste que l'on adopte à l'égard du droit international privé (4). En ce qui concerne le mode de sanction proprement dit, la fraude n'a

(1) En réalité, cette conclusion n'est peut-être pas absolument nécessaire, parce que les considérations qui président au choix des conditions de la naturalisation sont sans doute de droit public plus que de droit privé. Il y aurait donc place pour une décision en faveur du statut personnel étranger, qui formellement ne désavouerait pas l'autorité administrative : ainsi une décision d'inopposabilité du statut personnel français à une personne déterminée. Sur la mise à l'écart de la nationalité du for en matière de droit privé, v. les décisions citées par P. LAGARDE, *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Nationalité*, n° 32.

(2) Civ., 5 févr. 1929, S., 1930.1.181, note Audinet. La seconde justification est qu'il n'y avait pas véritablement fraude à la loi italienne à appliquer le statut personnel français dans cette hypothèse de vrai conflit.

(3) Celle-ci se traduira selon les cas par le refus de prononcer le divorce ou par son prononcé au nom de règles empruntées à un droit étranger. Le défaut d'homogénéité des deux situations illustre l'ambiguïté que renferme l'expression d'« application » d'une loi étrangère.

(4) On a abordé cette question en étudiant la dissociation de la compétence juridictionnelle et de la compétence au fond (*supra*, nos 58 et s.). En mettant à cette occasion l'accent sur les dangers de l'« application » d'une loi étrangère lorsqu'il s'agit de conférer des droits, on a pu laisser entendre une préférence territorialiste. Il s'agissait plutôt de souligner les faiblesses d'un système aussi peu territorialiste que celui professé en France. Si la présente théorie de la fraude avait été construite à partir des droits de *common law*, on aurait été amené à dénoncer un excès inverse de territorialisme dans les principes. Ceux-ci ne sont pas non plus l'expression fidèle du droit positif, ainsi qu'on le constatera en étudiant la fraude à la loi en matière de mariage dans le droit américain (*infra*, II^e Partie, Titre II).

aucun rôle propre à jouer : elle ne fait que conforter éventuellement le refus d'appliquer une règle de conflit unilatérale. Ceci, qui a été exposé relativement à des règles de compétence législative et s'agissant de sanctionner une fraude à la loi du for (1), peut l'être ici à propos de règles de compétence juridictionnelle.

243. Les tribunaux français se reconnaissent assez facilement compétents pour prononcer le divorce entre étrangers, notamment en accueillant un renvoi très discutable de lois étrangères pour lesquelles le divorce n'est pas objet de conflit de lois, mais de conflits de juridictions seulement (2). Les risques de *forum shopping* qui en résultent ont cependant été diminués par la transposition à la compétence internationale de l'article 171, alinéa 2 du Code de procédure civile qui permet au juge de se déclarer *d'office* incompétent dans les matières où les parties ne peuvent transiger sur leurs droits (3). Dans une décision remarquée, le président du Tribunal de la Seine se déclara ainsi incompétent pour connaître d'une demande en divorce intentée par une Anglaise contre son mari Italien (4). Cette décision fut confirmée par la Cour d'appel de Paris, dont l'arrêt relève que la demanderesse s'était établie en France « dans l'intention évidente d'échapper à la règle italienne de l'indissolubilité du mariage et en fraude de cette règle » (5). Il paraît difficile de voir dans cette décision une application de l'exception de fraude. Ceci supposerait d'une part que le juge se soit d'abord reconnu compétent, et d'autre part que l'intention de l'intéressée de se prévaloir de son divorce ailleurs qu'en France ait été établie avec certitude. Il était plus simple de constater, comme le fit la Cour de Paris, que « le présent litige ne ressortit pas en l'état à la compétence des tribunaux français », alors cependant qu'il n'aurait pas été impossible de fonder cette compétence (6). La mention d'une fraude par le juge n'était que l'occasion de montrer qu'il n'était pas dupe, et d'édifier ceux qui pouvaient être tentés de suivre l'exemple du demandeur. Il pouvait aussi bien rejeter la demande sans mentionner une telle intention (7), voire en y faisant une simple allu-

(1) *Supra*, nos 191 et s.

(2) *Infra*, II^e Partie, nos 454 et s.

(3) V. aujourd'hui les art. 33 et 36 des dispositions destinées à s'intégrer dans la partie générale d'un nouveau Code de procédure civile (Décret du 20 juill. 1972, D., 1972.L.438).

(4) Ord. prés. Trib. Seine, 28 sept. 1959, *Rev. crit.*, 1959.504, note Francescakis ; *J.C.P.*, 1960.II.11716, note Bellet ; v. *supra*, nos 114 et 116 *in fine*.

(5) Paris, 10 nov. 1959, *Rev. crit.*, 1960.218, note Ph. F., D., 1960.587, note Malaurie.

(6) A l'époque de la décision, cela supposait, il est vrai, un raisonnement laborieux faisant intervenir la notion de renvoi (v. note Francescakis, *Rev. crit.*, 1959.510). Il serait beaucoup moins difficile de justifier la compétence française dans une telle espèce depuis la jurisprudence *Tarwid*.

V. depuis, un refus d'exercer une compétence fondée sur l'art. 15 C. civ. au nom du respect de la loi étrangère, mais dans des conditions discutables, Trib. gr. inst. Paris, 12 nov. 1969, *Clunet*, 1971.816, note Malaurie.

(7) V. Paris, 3 mars 1961, *Gaz. Pal.*, 1961.2.157.

sion (1). On vérifie par là que la *fraus* du sujet ne paraît devoir jouer aucun rôle spécifique : une situation est valide ou elle ne l'est pas ; l'état d'esprit du sujet n'y change rien. La fraude n'est essentielle que si l'on désire recourir à un moyen, l'exception de fraude, qui n'est jamais plus difficile à mettre en œuvre que lors de l'application de la loi locale à une situation internationale.

B. — APPRÉCIATION DE LA VALIDITÉ DE DROITS CONFÉRÉS PAR LA LOI LOCALE.

244. Bien qu'une fraude consommée doive normalement être attaquée dans le ressort de la loi évincée, il n'est pas inconcevable que des droits conférés par application d'une loi donnée soient contestés ultérieurement dans le ressort même de cette loi au motif qu'ils n'y auraient été acquis que pour faire fraude à une loi étrangère. A supposer que la souveraineté locale ait exercé sa compétence en l'absence de rattachement suffisant, l'action envisagée soulève des problèmes de procédure et de fond.

245. Au point de vue de la *procédure*, l'action envisagée suppose que l'on puisse revenir d'une façon quelconque sur l'acte incriminé ou ses effets. En ce qui concerne la qualification de l'action, on notera que l'hypothèse envisagée est la seule, dans une fraude de droit international, où l'on puisse éventuellement parler d'une action en nullité et non en inopposabilité. En ce qui concerne son exercice, la question doit être résolue selon les principes de droit interne applicables au type d'acte considéré. Ainsi en France un acte de naturalisation peut être rapporté ; mais il ne semble pas qu'il pourrait l'être pour le motif de fraude à une loi étrangère et une demande en ce sens paraît sans exemple (2). Un jugement de divorce devenu définitif ne paraît pas, en droit interne, pouvoir être attaqué pour fraude, ni par les parties ni même par les tiers exerçant la tierce opposition (3). En revanche, il est concevable qu'un mariage célébré en France en violation de la loi personnelle de l'un ou des deux époux soit annulé : cette éventualité est expressément envisagée par l'Instruction générale sur l'état civil du 21 décembre 1955 (4). Elle est cependant prévue au conditionnel et ce

(1) V. Paris, 15 mars 1956, préc. (*supra*, p. 179 note 1).

(2) *Infra*, n° 333. Les tribunaux judiciaires se refusent d'autre part à critiquer l'acte administratif qu'est la naturalisation, même en le déclarant simplement inopposable (*infra*, n°s 334 et s.).

(3) V. VIDAL, *op. cit.*, p. 411 et s., 414 et s. (notamment p. 422 à 425). Cependant, l'inconvénient de remettre en cause l'état des personnes, qui paraît justifier ces solutions, est peut-être moins grand à l'égard de personnes de statut personnel étranger. Peut-être une décision d'inopposabilité du jugement français obtenue dans le ressort de la loi compétente pourrait-elle être reconnue en France, sauf à y réserver les droits des tiers, si la question venait à se poser.

(4) V. *Rev. crit.*, 1955.574 et éd. *J.O.* mise à jour au 6 oct. 1970. Dans ce cas, le mode de sanction serait l'application bilatérale de la règle de conflit, accom-

conditionnel paraît justifié, eu égard aux considérations de fond que soulève une action du type envisagé.

246. Au *fond*, en effet, la sanction d'une fraude à la loi étrangère revient à consacrer le domaine d'application extra-territorial de cette loi. Mais on sait que la compétence d'une loi étrangère, même expressément reconnue, s'exerce toujours concurremment avec celle de la loi du for (1). En matière de droit privé, cela se traduit par une confrontation de la loi étrangère avec l'ordre public local. Une disposition de la loi étrangère suffisamment différente de la loi du for pour avoir justifié un déplacement frauduleux des parties a de fortes chances d'être déclarée contraire à l'ordre public du for, au moins en matière d'état des personnes (2).

247. La fraude à la loi étrangère par application de la loi du for est donc normalement sanctionnée de façon préventive, au moment où l'autorité publique est requise de conférer les droits par application de la loi locale. L'exception de fraude à la loi est difficilement applicable, parce que ce moyen repose sur la démonstration d'une intention frauduleuse, laquelle ne sera objectivement établie que par l'attitude du sujet *postérieurement* à l'intervention de l'autorité publique. C'est donc par une interprétation modérée des lois du for, sollicitées de s'appliquer à une situation internationale, que doit normalement être prévenue la fraude à la loi étrangère. Ceci peut s'entendre des lois de fond. Mais s'agissant de conférer des droits et étant donné la difficulté de se prononcer sur la teneur et la portée des lois étrangères, c'est avant tout par un exercice mesuré de la compétence « organique » et notamment judiciaire qu'un for donné marquera le respect des lois étrangères. Cependant, refuser de se prêter à la fraude à la loi étrangère suppose que soit déterminé avec quelque certitude le domaine d'application de la loi étrangère, que l'on réaffirme indirectement en refusant de la méconnaître. Or le domaine d'application de la loi étrangère se détermine par l'examen du droit international privé étranger. Cette question se présente de manière plus pure lorsque la loi étrangère est en conflit, non pas avec la loi du for, ce qui peut fausser les données du problème dans la mesure où les lois du for ont toujours vocation à s'appliquer im-médiatement, mais avec une autre loi étrangère. Telle est en particulier la situation lorsque se trouve posé le problème de la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce.

pagnée ou non de la constatation d'une intention de fraude, ou éventuellement l'exception de fraude si la loi étrangère paraissait renvoyer à la loi du lieu de célébration.

(1) *Supra*, nos 236 et s.

(2) On le vérifiera en matière de mariage (*infra*, nos 380 et s.). Il n'en serait pas de même en matière de personnes morales (constitution de société, notamment).

SOUS-SECTION II

FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE
PAR APPLICATION D'UNE LOI TIERCE

248. Le problème ici envisagé relève de la question plus générale de la reconnaissance des droits acquis à l'étranger. Mais on envisage plus précisément le cas où ces droits auraient été acquis en fraude à une loi étrangère. Ce problème soulève des difficultés théoriques extrêmes, car il met en jeu la combinaison de trois systèmes, au moins, de droit international privé : celui du for, celui de la loi appliquée et celui de la loi (ou des lois) prétendument évincée. Or on sait qu'il existe deux procédés de solution des conflits de lois et que du procédé choisi dépend le mode de sanction d'une violation internationale de la loi. Aussi pour tenter de systématiser la question est-il indispensable d'en déterminer d'entrée et aussi étroitement que possible les limites théoriques et pratiques (A). La question étudiée est souvent formulée en termes de savoir s'il convient de sanctionner « la fraude à la loi étrangère ». Il est permis d'affirmer que le problème ainsi posé est mal posé, car il ne peut recevoir de solution générale et *a priori*. La sanction d'une fraude à la loi étrangère dépend en effet de différents facteurs ; ceux-ci ont précédemment été identifiés, mais il convient d'illustrer leur appréciation dans le présent contexte (B). Etant entendu qu'il n'existe pas de solution générale au problème posé, il n'est cependant pas impossible de systématiser les différentes solutions qui peuvent lui être apportées. On recherchera donc de quelle manière le for peut justifier en droit la solution dictée par la combinaison des différents facteurs identifiés (C).

A. — DÉLIMITATION DU PROBLÈME.

249. 1) *Domaine d'application.* — Le problème de la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce se trouve rarement posé à un for donné, parce qu'une fraude à la loi de droit international est normalement invoquée dans le ressort de la loi évincée (fraude à la loi du for). Il arrive qu'elle le soit dans le ressort de la loi appliquée ; plus rarement encore elle le sera dans un ressort tiers. En étudiant la première de ces deux hypothèses, on a pu constater que la question se pose notamment en matière de *divorce*. Il en est d'autant plus ainsi dans la seconde que le divorce étranger est presque toujours rendu par un jugement et qu'en France les jugements étrangers doivent pour sortir leur plein effet subir un examen

judiciaire, au cours d'une instance en exequatur (1). Dans les autres domaines où la fraude à la loi trouve à s'exercer, ce n'est pas par un jugement que la loi incompetente est mise en œuvre : une naturalisation, une constitution de société, un mariage, font en général intervenir une autorité administrative, non un juge. Ceci n'interdit pas que la validité de ces actes, passés dans un pays étranger, puisse être attaquée devant un for donné pour fraude à la loi d'un pays tiers. Les exemples en sont cependant très rares. Ils seront envisagés dans l'étude des différentes institutions concernées (2). C'est donc par des exemples empruntés à la reconnaissance des jugements étrangers de divorce que l'on peut illustrer, en droit international privé français, l'étude du problème de la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce. Mais avant d'envisager ses solutions possibles, il convient également d'en marquer la limite théorique.

250. 2) Limite théorique du problème : incompetence de la loi du for. — Le problème envisagé, qui est *avant tout* un problème de droits acquis et non un problème de fraude, ne peut se poser que dans le cas où la loi du for est incontestablement incompetente. Dans le cas contraire, il y a un conflit entre la loi du for et les lois étrangères, résolu au profit de la première si ses intérêts en l'espèce sont jugés supérieurs, voire simplement égaux, à ceux des lois étrangères. On serait tenté de décrire le cas ici envisagé en disant que la situation considérée n'avait aucun lien avec le for au moment où elle est née (3) ou encore que le for est « désintéressé » (4). La première formulation est sans doute trop précise ; on peut se contenter de dire que la loi du for n'était incontestablement pas compétente pour régir la situation. Soit en effet le cas de deux époux étrangers de même nationalité ayant depuis leur mariage un établissement en France, qui sollicitent l'exequatur d'un divorce obtenu à l'étranger : il ne serait pas tout-à-fait exact de dire que la situation à apprécier n'avait aucun lien avec la France, alors pourtant que la loi française n'est pas applicable au regard des principes (5). L'expression de « for désintéressé » est également trompeuse, car un for n'est jamais à proprement parler désintéressé lorsqu'il connaît une affaire donnée. Si le droit français exige qu'un jugement étranger reçoive

(1) Les jugements étrangers doivent recevoir exequatur toutes les fois que leur exécution emporte des actes d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes (Req., 3 mars 1930, S., 1930.1.377, note Niboyet) ; v. *Rép. Dall. dr. int.*, V^o Jugement étranger (matières civile et commerciale), par Ph. FRANCESKAKIS et H. J. LUCAS, n^{os} 17 et s.

(2) *Infra*, II^e Partie.

(3) V. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi*, p. 189 et s., *Rép. Dall. dr. int.*, V^o Conflits de lois (principes généraux), n^o 368.

(4) CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of laws* (1963)

(5) Précisément, dans ce cas qu'il envisage, M. Francescakis ne rejette pas toute compétence de l'ordre juridique français ; mais il ne préconise pas non plus l'application d'une règle de conflit qui n'a pas été conçue à cette fin (*Théorie du renvoi*, n^o 211, p. 200).

exequatur en France pour produire certains effets, c'est précisément parce que l'ordre juridique français est intéressé de quelque manière. C'est pourquoi le tribunal de la Seine a pu affirmer dans une espèce où la loi française n'était pas compétente, non plus que les tribunaux français, pour connaître d'un divorce qui avait été rendu à l'étranger, que « si... la juridiction française ne peut revendiquer sa propre compétence... elle n'abandonne pas pour autant... la détermination de la compétence internationale à la loi du for effectivement saisi, mais conserve sur cette compétence un contrôle suivant les principes admis par le droit international privé français » (1). On pourrait voir dans cette affirmation la manifestation d'un impérialisme juridique ; on peut également l'interpréter comme l'expression du souci légitime d'exercer un contrôle sur la validité d'une situation créée à l'étranger, mais dont on prétend déduire des effets de droit dans le ressort du for (2). Il suffit pour l'instant de constater la reconnaissance de ce que certaines situations qui affectent l'ordre juridique du for, ne sont pas soumises à sa loi matérielle. Or ceci seul peut rendre pertinente une allégation de fraude à la loi étrangère.

251. Effectivement, la question de la fraude à la loi étrangère n'a pas à être envisagée si la loi du for est incontestablement compétente pour régir la situation considérée, comme permet de le montrer un exemple caractéristique. Deux époux français vivaient en Argentine où ils ne pouvaient divorcer, la loi argentine ne connaissant (sous le nom de *divorcio*) que la séparation de corps. Ces époux se rendirent à Montevideo, où ils obtinrent un jugement de divorce par application de la loi locale. Quelques années plus tard, la femme invoquait en France l'irrégularité de ce divorce, faisant valoir notamment qu'il avait été obtenu en fraude à la loi. Le tribunal refusa cependant de faire droit à sa demande, aux motifs que la loi compétente au fond était la loi française et que la loi uruguayenne appliquée était équivalente à la loi française en ce qui concerne la cause

(1) Trib. civ. Seine, 14 mai 1962, de *Gunzbourg*, D., 1962.653, note Malaurie, *Clunet*, 1963.110, note Bredin. *Adde* : Trib. civ. Seine, 18 déc. 1931, *Clunet*, 1932.680, note Perroud : « ... l'exequatur étant un acte de souveraineté du pays d'exécution, c'est d'après les principes du droit français qu'il convient de rechercher la solution ».

(2) L'approbation de l'attendu du Tribunal civil de la Seine ne vaut qu'autant que celui-ci a parlé d'un contrôle de la compétence étrangère suivant les principes admis par le *droit international privé français*, et non suivant les *règles de compétence internationale françaises*. Il n'est pas certain que les juges n'aient pas visé celles-ci en parlant de celui-là. Dans ce cas, on ne saurait approuver la décision car il n'y a guère de raison d'apprécier en pareil cas la compétence d'un juge étranger d'après les règles françaises de compétence (même abstraction faite des art. 14 et 15 C. civ.) prises en tant que telles. Le contrôle doit avant tout porter sur l'existence d'un *lien suffisant* entre le juge étranger et le litige ; c'est cette exigence que devraient désigner, s'agissant de la compétence, « les principes admis par le droit international privé français » (v. *infra*, n^{os} 268 et s. et notamment n^o 275).

de divorce retenue (1). Le tribunal n'écarta expressément que l'allégation de fraude à la loi française (2) ; mais la décision a été fréquemment citée depuis comme illustrant la thèse — par ailleurs inexacte — selon laquelle la fraude à la loi étrangère n'est pas prise en considération par le droit français. Il est permis d'affirmer que l'exemple n'était pas pertinent : la loi française de fond ayant été déclarée directement et principalement compétente (et satisfaite en l'espèce), il n'y avait pas lieu de s'arrêter à une allégation de fraude à une loi étrangère, par hypothèse moins compétente. On peut donc conclure que la question de la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce ne se pose comme telle que lorsque la loi du for n'est incontestablement pas compétente : soit que la situation n'ait eu aucun lien avec cette loi au moment où elle est née, soit que ce lien ait été manifestement insuffisant pour justifier sa compétence. Mais dans tous les cas, ceci n'emporte pas que l'ordre juridique du for soit désintéressé ; il est notamment fondé à tenir compte de son propre ordre public pour apprécier la validité de droits créés à l'étranger et résoudre un conflit entre deux lois étrangères.

B. — PRINCIPES DE SOLUTION.

252. Le problème que pose une allégation de fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce s'analyse en toute hypothèse en un conflit *objectif* entre deux lois étrangères, compliqué par la nécessité éventuelle de tenir compte d'un élément *subjectif*. Les facteurs de solution d'ordre objectif et ceux d'ordre subjectif ont déjà été identifiés. Il n'est pas inutile de les rappeler brièvement dans le présent contexte, parce que dans un conflit entre deux lois étrangères, un for donné doit se sentir plus libre de juger en équité : aucune des lois en conflit n'a en effet pour lui la valeur d'un impératif au même titre que la loi du for.

253. 1) *Facteurs de solution tenant au caractère de conflit entre deux lois étrangères.* — La solution d'un conflit entre deux lois étrangères dépend pour un for donné de trois facteurs : la compa-

(1) Trib. civ. Seine, 4 nov. 1954, *Oppenheimer*, *Rev. crit.*, 1956.690, note Loussouarn, *Clunet*, 1955.650, note A. P. On peut se demander, en présence d'une telle décision, où cesse le divorce-sanction et où commence le divorce par consentement mutuel, pour les tribunaux français. L'affaire paraît bien illustrer que l'« équivalence » entre la loi française et les lois étrangères en matière de divorce est souvent une fiction dissimulant la tolérance, bienveillante ou forcée, du divorce par consentement mutuel en droit positif français.

(2) Le tribunal affirma que le fait de se déplacer pour porter une demande en divorce devant un tribunal étranger « ne constitue une fraude à la loi française et ne met obstacle à l'exequatur que si le but et le résultat de la manœuvre sont de bénéficier d'une loi locale admettant le divorce pour des causes non prévues par la loi française, ou d'un système de preuves moins restrictif » (Trib. civ. Seine, 4 nov. 1954, *préc.*).

raison des titres respectifs des lois en conflit à s'appliquer, le domaine d'application que se reconnaissent les lois en conflit (l'une d'elles pouvant notamment « renvoyer » à l'autre) et leur contenu qui peut éventuellement contrarier l'ordre public du for (1). Le premier de ces facteurs devrait suffire dans tous les cas à donner la solution du conflit, que ce soit par application bilatérale d'une règle de conflit à prétention universelle (méthode bilatéraliste) ou par recherche directe de la loi la plus compétente dans le cas donné (méthode unilatéraliste). Les deux autres peuvent cependant infléchir la solution ; il convient de montrer comment, dans le contexte d'une allégation de fraude.

254. a) Le contenu des lois en conflit. L'étude de la situation d'une loi étrangère vis-à-vis d'un juge donné a montré que celui-ci peut refuser de donner effet, de quelque manière que ce soit, à une loi étrangère pourtant reconnue compétente dans son domaine d'application, en raison du caractère choquant pour l'ordre public local de sa prise en considération dans le ressort du for (2). Au point de vue de la fraude à la loi, il en résulte qu'il existe pour un juge donné de « bonnes » et de « mauvaises » fraudes à la loi étrangère. La distinction n'est en général pas exprimée aussi crûment, mais on imagine mal un for prêtant la main au commandement d'un législateur étranger qui va à l'encontre de ses propres conceptions. Ceci est vrai des lois de droit privé comme des lois de droit public. Une allégation de fraude à la loi étrangère sera donc prise en considération ou ignorée selon les contenus respectifs de la loi appliquée et de la loi évincée eu égard à l'ordre public du for (3). On assistera à une sorte d'« entr'aide » des Etats ayant une législation analogue. La Convention de La Haye du 1^{er} juin 1956 sur la reconnaissance de la personnalité morale en fournit un exemple. D'après l'article 2 alinéa 2 de cette Convention, un Etat pourra refuser de reconnaître la personnalité morale acquise dans un Etat étranger en violation de la loi d'un Etat tiers qui, *comme l'Etat du for*, prend en considération le siège réel (4). Un autre exemple est donné par l'affaire *de Beaufremont*, dans les prolongements qu'elle connut en Belgique. Aux prises avec un conflit entre la loi française et la loi allemande, les tribunaux belges se prononcèrent en faveur de la première, en relevant que « les principes énoncés ci-dessus trouvent leur justification dans la législation belge aussi bien que dans la législation française » (5). Il apparaît donc que dans un conflit entre deux lois étrangères, le for aura naturellement tendance à se prononcer en faveur

(1) Sur ces points, *supra*, nos 99 et s.

(2) *Supra*, nos 236 et s.

(3) Rappr. NEUHAUS, *op. cit.*, p. 129, 132.

(4) On a pu parler à ce sujet d'« une sorte d'alliance des pays continentaux au service d'une défense commune » (LOUSSOUARN et BREDIN, n° 291, p. 324).

(5) Bruxelles, 5 août 1880, S., 1881.4.1, D., 1882.2.81, *Clunet*, 1880.508 (pourvoi rejeté par Cass., 19 janv. 1882, *Clunet*, 1882.364).

de celle qui se rapproche le plus de la sienne propre et donc à ne prendre en considération une allégation de fraude à la loi étrangère que si celle-ci ne heurte pas son propre ordre public (1). Toutefois, la teneur d'une loi donnée ne dépend pas seulement de sa lettre ; elle dépend également de son domaine d'application.

255. b) *Le domaine d'application international des lois en conflit.*

La teneur d'une loi étrangère ne doit pas seulement être recherchée dans la lettre de la loi, ni même dans la jurisprudence de droit interne. Elle doit être également recherchée dans la jurisprudence de droit international privé, dont la portée peut être de donner un sens radicalement différent à la loi considérée. Il se peut tout d'abord que le droit étranger renvoie expressément à une loi tierce. Il se peut aussi qu'il y renvoie de la manière la moins affirmée, en tolérant simplement la violation de sa propre loi par substitution d'une loi étrangère : on peut se trouver en présence du phénomène décrit plus haut comme celui d'une législation privée d'emprunt (2). Dans ces conditions, l'appréciation d'une fraude à la loi prend pour un juge étranger un aspect différent. Comme le montre l'exemple du droit du divorce dans l'Etat de New York avant la réforme législative de 1966, il peut s'avérer que les lois étrangères en conflit sont plus proches l'une de l'autre qu'aucune d'elles ne l'est de la loi du for : les lois étrangères sont en faux conflit (3). A vouloir donner la préférence à celle des deux lois en conflit dont la lettre est la plus proche de celle de la loi du for, on se heurte à l'objection selon laquelle il faut, pour sanctionner une fraude à la loi étrangère, s'assurer que celle-ci s'estime fraudée ; sans quoi, a-t-on pu écrire en France, la sanction d'une telle fraude « ne serait, sous l'apparence d'une sympathie trompeuse à l'égard des systèmes étrangers, qu'un moyen supplémentaire dans un arsenal trop bien fourni pour paralyser l'exécution des décisions des tribunaux étrangers » (4).

256. Un for donné doit donc considérer une loi étrangère dans son champ d'application réel et non dans sa lettre seule. Cela ne

(1) En matière de divorce également, la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1970 sur la reconnaissance des jugements étrangers traduit une sorte d'alliance entre les Etats qui ne connaissent pas l'institution. L'article 20 prévoit qu'un tel Etat pourra se réserver le droit de ne pas reconnaître un divorce si au moment où celui-ci a été acquis, l'un des époux était ressortissant d'un Etat dont la loi ne connaissait pas le divorce.

Ces exemples illustrent le second aspect de l'ordre public international, mis en lumière par Lerebours-Pigeonnière : la sauvegarde d'une politique législative. En présence d'un choix entre deux législations étrangères, mieux vaut faire prévaloir, si peu que le for soit intéressé, celle qui traduit la politique la plus proche de la politique locale.

(2) *Supra*, n^{os} 93 et s.

(3) *Supra*, n^o 94. La loi de New York, apparemment plus stricte que la loi française sur le divorce, était en fait en faux conflit avec la loi mexicaine, ou celles de certains Etats-frères, qui admettaient le divorce sur demande.

(4) BREDIN, note sous Paris, 18 juin 1964, *Clunet*, 1964.818.

signifie cependant pas qu'il doive accorder un blanc-seing à la loi étrangère compétente et accepter celle-ci telle qu'elle est, même si son contenu ne heurte pas *en soi* l'ordre public local. Intervient à nouveau l'idée que le juge de l'exequatur n'est jamais « désintéressé », sans quoi cette procédure n'aurait pas de raison d'être. Aussi est-il fondé à déclarer contraire à l'ordre public du for non pas le contenu de la loi étrangère lui-même, mais le *droit* étranger. C'est pratiquement ce que fit la Cour de Paris dans une affaire où elle était requise d'accorder l'exequatur à un jugement de divorce rendu au Mexique entre époux domiciliés à New York. Le contenu de la loi de New York de fond, en ce qu'elle permettait le divorce par consentement mutuel, n'était pas en soi contraire à l'ordre public français (1). Mais ce que l'on pouvait trouver choquant, c'était la manière dont la loi de New York permettait le divorce par consentement mutuel, par emprunt de législations étrangères. C'est ce qu'exprima la Cour de Paris lorsque, renonçant à fonder le refus de reconnaissance du jugement mexicain sur la seule fraude à la loi de New York, elle énonça que « la fraude à la loi commise par les parties atteint l'ordre public international parce qu'elle constitue une violation manifeste et délibérée de la moralité juridique internationale ; qu'elle atteint également un principe que le droit français tient pour inhérent à son propre ordre public, au sens international, ... selon [lequel] nul ne peut compromettre sur une question d'état et singulièrement sur la dissolution du lien matrimonial » (2). La seconde affirmation ne s'imposait pas, pour qui connaît la pratique du divorce par consentement mutuel en France (3). La première est justifiée, car s'il est avéré depuis toujours que le droit impératif (et

(1) C'est précisément à propos d'un divorce par consentement mutuel, et dans lequel un époux français était pourtant impliqué, que la Cour de cassation a énoncé la théorie de l'effet atténué de l'ordre public : Civ., 17 avr. 1953, *Rev. crit.*, 1953.412, note Batiffol.

(2) Paris, 18 juin 1964, *de Gunzbourg, Clunet*, 1964.810, note Bredin ; *Rev. crit.*, 1967.340, note Déprez. Les commentateurs ont cru voir dans ce motif une confusion entre les notions d'ordre public et de fraude à la loi : l'un parle d'« affirmations inquiétantes » (*Clunet*, 1964.89), l'autre regrette que l'on ait mêlé les deux notions (*Rev. crit.*, 1967.354). Il semble au contraire que les termes aient été soigneusement pesés. S'agissant de l'acte qui consiste à saisir un tribunal lointain et sans compétence, la Cour déclare que cet acte heurte l'ordre public *international* ; s'agissant de la possibilité de compromettre sur une question d'état, la Cour déclare que cette possibilité heurte l'ordre public *au sens international du droit français*. On trouve exactement là la distinction soulignée par Niboyet entre l'ordre public véritablement international, formé des principes qui s'imposent universellement, et l'ordre public *dû* international du droit international privé, qui n'est qu'une application de l'ordre public interne à une situation internationale (*supra*, n° 225). La Cour de Paris a fort justement pris soin de déclarer contraire à l'ordre public *international* le fait pour des individus d'acheter un jugement comme une denrée (et pour un Etat de tolérer cette pratique) ; et contraire à l'ordre public *français* du droit international privé la possibilité de compromettre en matière de divorce.

(3) En ce sens, BREDIN, notes au *Clunet*, 1962.116 et s., et au *Clunet*, 1964.819 ; DÉPREZ, note à la *Rev. crit.*, 1967.347.

singulièrement le droit de la famille) doit s'accommoder de la réalité des faits et tolérer couramment sa violation, les impératifs de la vie en société demandent cependant que cette violation soit discrète. La Cour de Paris a donc peut-être manifesté une indignation excessive, eu égard au droit positif français. Mais si l'admission par le droit de New York du divorce par consentement mutuel n'offensait pas en soi l'ordre public français ou international, il n'en est pas de même de la *manière* dont il l'admettait. La pratique d'une législation privée d'emprunt, lorsqu'elle n'a d'autre raison que la carence du législateur à modifier la loi, gêne les relations internationales en rendant impraticable tout effort de réglementation. Bien que la Cour de Paris ait formellement visé la fraude des parties, il n'est guère douteux qu'en l'espèce c'était autant la pratique des tribunaux mexicains et celle des autorités de New York se prêtant à leurs abus, qui étaient sanctionnées par le refus d'exequatur.

257. 2) *Facteurs de solution tenant à l'existence d'une fraude du sujet.* — On a vu qu'il n'est jamais nécessaire de sanctionner une violation internationale de la loi en se recommandant de la fraude commise par le sujet : il suffit de constater la violation de la loi dont les conditions d'application étaient réunies. Mais il n'est pas possible de fermer les yeux sur une fraude lorsque celle-ci est invoquée et démontrée par celui-là même qui l'a commise. En pareil cas, cependant, il paraîtra souvent préférable de ne pas accéder à sa demande ; c'est la raison d'être de l'adage *Nemo auditur*. Mais on ne peut non plus faire de cet adage un principe immuable de solution, car ce serait donner systématiquement raison au défendeur, qui peut lui-même avoir participé à la fraude ; tel est notamment le cas lorsque deux époux ont demandé le divorce devant un tribunal incompétent. Il apparaît donc que la prise en considération d'une *fraus* du sujet dans un conflit entre deux lois étrangères ne fait qu'introduire un facteur d'indécision supplémentaire : d'une part, la réaction première incite à sanctionner une fraude démontrée ; d'autre part, un examen plus attentif de la situation peut suggérer de ne pas la sanctionner. C'est pourquoi une théorie de la fraude à la loi doit envisager les moyens de ne pas sanctionner une *fraus*, autant que ceux de la sanctionner. Et il s'avère que les premiers sont aussi importants que les seconds, car la fraude est le plus souvent invoquée par une partie qui y a participé.

258. Dans l'affaire de *Gunzbourg*, la femme s'était rendue au Mexique pour y demander le divorce, mais elle l'avait fait avec le plein accord de son mari. C'est du reste celui-ci qui demandait l'exequatur du divorce mexicain en France ; mais la femme avait apparemment cessé d'y trouver avantage, puisqu'elle étalait complaisamment les preuves de la fraude commise. Le mari répondit alors que sa femme ne pouvait se prévaloir de l'irrégularité d'un divorce dont elle avait elle-même pris l'initiative (*Nemo auditur...*).

L'argument fut écarté par le Tribunal de la Seine et par la Cour de Paris, au motif que le caractère commun de la fraude retirait au mari le droit de se prévaloir de celle-ci à son profit (1). Au demeurant, précisa la Cour de Paris, il n'est pas bon que des contestations relatives à l'état des personnes soient résolues par des exceptions de cet ordre (2). On peut nuancer cette affirmation, en disant que si des exceptions de cet ordre ne doivent effectivement pas lier le juge, parce que ce serait une autre manière de placer l'état des personnes à leur disposition, l'adage *Nemo auditur*, et son corollaire *In pari causa*, constituent des moyens nécessaires, à la discrétion du tribunal, pour rendre la solution que suggère l'équité.

259. Les tribunaux américains, fréquemment confrontés au problème des divorces frauduleux, se sont depuis longtemps heurtés à la situation où une personne invoque une irrégularité à laquelle elle a participé, et ils ont pris conscience de ce que le plus souvent il est préférable de maintenir la situation acquise plutôt que de l'anéantir (3). Pour ce faire, ils ont recouru à divers moyens de la procédure de *common law* (4). A la partie invoquant l'irrégularité d'un divorce migratoire qu'elle avait elle-même recherché, les tribunaux opposèrent la doctrine de l'*estoppel*. Contre l'époux défendeur qui avait comparu devant la juridiction sans compétence et n'avait opposé qu'une défense de pure forme, les tribunaux recoururent au *quasi-estoppel*. Contre le défendeur qui n'avait pas comparu, mais qui ayant été informé de la procédure n'avait pris aucune initiative pour la combattre dans des délais raisonnables, voire avait lui-même déduit les effets du divorce en se remarquant, les tribunaux usèrent de la doctrine des *laches*. Dans ces conditions, seules les personnes qui n'avaient pas participé à la procédure frauduleuse et qui ne s'en étaient en rien prévalu, étaient admises à attaquer les divorces frauduleux. Cette solution fut incorporée au premier *Restatement* du Conflit de lois en son article 112, selon lequel la validité d'un divorce rendu par une juridiction incompétente ne pouvait être querellée par l'époux demandeur à l'action, non plus

(1) Trib. civ. Seine, 14 mai 1962 et Paris, 18 juin 1964, préc.

(2) Paris, 18 juin 1964, préc.

(3) Par les arrêts *Williams v. North Carolina* (1^{er} arrêt) 317 US 287 (1942) et *Sherrer v. Sherrer* 334 US 343 (1948) la Cour suprême des Etats-Unis a en fait pratiquement interdit aux Etats de s'opposer aux divorces migratoires et de faire respecter leur loi, ce qui réduit l'incidence d'une fraude caractérisée. Auparavant, il était possible de s'opposer efficacement au divorce obtenu dans un Etat frère par un époux seul (v. *Haddock v. Haddock* 201 US 562, 1906) ou par les deux époux de connivence (*Andrews v. Andrews* 188 US 14, 1903). Mais sous l'empire de cette jurisprudence même, l'analyse des décisions indiquait que le nombre des divorces migratoires reconnus était de beaucoup supérieur au nombre de divorces déclarés inopposables : v. HARPER, « The Myth of the Void Divorce », 2 *Law and Contemporary Problems* 335 (1935).

(4) JACOBS, « Attacks on Decrees of Divorce », 34 *Mich. L. Rev.* 749, 959 (1936).

que par son conjoint si celui-ci s'était prévalu du divorce en contractant un nouveau mariage (1).

260. L'étude des principes de solution concernant la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce montre donc que ce problème n'est pas susceptible d'une solution générale : tantôt une fraude sera sanctionnée, tantôt elle ne le sera pas. Car la solution dépend d'une série de facteurs, d'ordre objectif et d'ordre subjectif, qui s'exercent tantôt en faveur d'une sanction, tantôt contre celle-ci. Ceci conduit à n'envisager la solution donnée que comme la mise en œuvre d'un résultat qui s'impose par d'autres voies.

C. — MISE EN FORME DE LA SOLUTION (CONTRIBUTION A LA THÉORIE DE LA RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS ÉTRANGERS).

261. S'il n'est pas possible de se prononcer d'une façon générale sur l'opportunité de sanctionner la fraude à la loi étrangère, il convient en revanche de s'intéresser aux différents moyens de répondre à une allégation de fraude à la loi étrangère, soit pour la sanctionner, soit pour ne pas la sanctionner. Leur étude illustre les difficultés d'articulation de plusieurs systèmes de droit international privé, qui connaissent éventuellement des procédés différents. Dans un système comme le système français, qui procède généralement par règles de conflits, l'examen de cette question conduit notamment à s'interroger sur le domaine d'application de la règle de conflit du for (2). A cet égard, on peut estimer d'une part que celle-ci ne devrait pas s'appliquer si la situation considérée ne se rattachait par aucun lien avec le for au moment où elle est née ; mais d'autre part, que le for étant incontestablement concerné lorsque l'on prétend déduire dans son ressort les effets d'une situation née à l'étranger, il n'est pas abusif de sa part de faire valoir certaines des conceptions qu'il défend. En fait, la question du domaine d'application de la règle de conflit du for perd de son acuité si l'on veut bien considérer que l'application de celle-ci procède

(1) En fait, la nécessité de maintenir des divorces irréguliers s'avéra telle que ces réserves furent insuffisantes. Il fallut empêcher notamment les descendants des intéressés de remettre en cause des situations acquises. Pour ce faire, on recourut à la doctrine de la *privity*, par application de laquelle une personne est déclarée liée par l'*estoppel* que l'on pouvait opposer à son auteur, ou à la doctrine du *stranger*, par application de laquelle une personne qui n'avait aucun intérêt né et actuel au moment du divorce ne peut attaquer celui-ci ; v. notamment *Johnson v. Muelberger* 340 US 581 (1951). L'étude des conflits de lois en matière de divorce aux Etats-Unis paraît illustrer la thèse selon laquelle, en matière d'état des personnes, le combat contre la fraude est largement vain.

(2) Sur les liens entre la question du respect international des droits acquis et le procédé unilatéraliste, v. GORHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit.*, 1971.415 et s.

moins d'un parti-pris doctrinal qu'elle n'est un moyen de mettre en forme une solution dictée par des considérations empiriques. L'examen de la jurisprudence confirme en effet qu'un raisonnement donné est, dans des circonstances analogues, adopté ou écarté selon que le juge veut ou non sanctionner la fraude à la loi étrangère.

262. 1) *La fraude sanctionnée.* — Quelques décisions françaises ont sanctionné une fraude à la loi étrangère en refusant de reconnaître des jugements de divorce rendus à l'étranger entre parties étrangères. Pour les examiner, on distinguera selon qu'elles se recommandent à titre principal de la violation de la loi étrangère ou des principes de droit international privé français. Cette distinction peut paraître surprenante, étant donné que toute sanction d'une fraude à la loi étrangère passe normalement par la constatation de ce que celle-ci a été méconnue. Elle est cependant suggérée par l'évolution du droit français en matière d'exequatur, qui est marquée par une date essentielle : celle de l'arrêt *Munzer* (1). Prononçant à cette occasion une sorte d'arrêt de règlement, la Cour de cassation a énoncé les conditions qui « [suffisent] à assurer la protection de l'ordre juridique et des intérêts français, objet même de l'institution de l'exequatur [et constituent] en toute matière à la fois l'expression et la limite du pouvoir de contrôle du juge chargé de rendre exécutoire en France une décision étrangère ». Cette formulation fait passer au premier plan les intérêts du for et justifie la distinction proposée.

263. a) *La fraude sanctionnée comme une violation du droit étranger.* Dans les cas où la sanction d'une fraude se fonde sur la violation du droit étranger, on peut distinguer selon que l'on invoque la violation du règlement de conflit étranger par un déplacement frauduleux du point de rattachement, ou bien la violation directe de la loi de fond étrangère. Dans le premier cas, on se trouve dans le domaine de l'exception de fraude ; dans le second, la fraude n'est qu'un argument d'appoint. Dans les deux cas, il ne faut pas perdre de vue que le for risque de se fourvoyer dans l'interprétation du droit étranger, et de sanctionner une violation internationale de la loi que le juge étranger lui-même ne sanctionnerait pas (2).

264. α) Le recours à l'exception de fraude suppose que soit reconnue la régularité formelle de la situation considérée. Cela suppose donc que la règle de conflit étrangère soit satisfaite ; on paralysera alors l'effet recherché par le demandeur, au motif que l'élément de rattachement à une loi tierce n'a été créé que pour se soustraire à l'application de la loi étrangère compétente. On peut ainsi voir une application de l'exception de fraude à la loi au profit

(1) Civ., 7 janv. 1964, *J.C.P.*, 1964.II.13590, note Ancel ; *Rev. crit.*, 1964.344, note Batiffol ; *Clunet*, 1964.302, note Goldman.

(2) Sur cette question, v. *supra*, n°s 233 et s.

d'une loi étrangère dans le jugement rendu par le tribunal de la Seine dans l'affaire *de Gunzbourg*. Les parties étant de nationalité différente, la loi applicable à leur divorce était, d'après la règle de conflit française, la loi de leur domicile commun, en l'occurrence la loi de l'Etat de New York. Mais le demandeur à l'exequatur soutenait que, d'après le droit international privé de cet Etat, la loi du for saisi était compétente et qu'il y avait donc un renvoi au second degré, ici au profit de la loi mexicaine. Si cela était exact, la situation était formellement régulière et l'on ne pouvait en écarter les effets que par l'exception de fraude. C'est ce que fit le tribunal de la Seine dans un de ses attendus, mais en précisant que c'était à titre surabondant parce qu'il n'admettait pas les prémisses du raisonnement : « Attendu, enfin et surabondamment, qu'à supposer que Melinda Schrey ait acquis un domicile régulier à Ciudad-Juarez, elle ne l'aurait acquis qu'en vue de donner frauduleusement compétence à la loi mexicaine pour éviter les rigueurs de la loi de New York et profiter des facilités existant au Mexique » (1).

265. Ce mode de sanction de la fraude à la loi étrangère, à supposer qu'il soit utilisé à titre principal, a pour avantage certain de se réclamer ostensiblement du respect de la loi étrangère, et même du droit international privé étranger. Mais cet avantage porte en lui-même ses inconvénients. Le raisonnement suppose une homogénéité entre le règlement français et le règlement étranger de conflit qui n'existe que rarement. Si le règlement français a vocation universelle, un bref examen de droit comparé suffit à indiquer qu'il n'est pas admis partout (2). Dans l'exemple qui vient d'être donné, le raisonnement serait mieux fondé si le renvoi au second degré était une figure connue du juge américain et si celui-ci avait la moindre idée de ce que le divorce peut être un objet de conflit de lois *stricto sensu* (3). Comme tel n'est pas le cas, il est permis de trouver artificielle une solution qui se fonderait sur une application de la loi étrangère que cette loi ignore. Dans l'affaire *de Gunzbourg*, les différences entre le droit américain et le droit français n'échappèrent pas à la Cour d'appel. Mais pour surmonter ces différences, celle-ci recourut à des raisonnements que l'on peut qualifier d'acro-

(1) Trib. civ. Seine, 14 mai 1962, D., 1962.653, note Malaurie ; *Clunet*, 1963. 110, note Bredin. A vrai dire, le raisonnement du demandeur était moins solide qu'il ne paraît, car la loi de New York aurait renvoyé au domicile, alors que la compétence du tribunal mexicain ne paraissait même pas se fonder sur un prétendu domicile.

(2) V. *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Droit international privé comparé*, par Ph. FRANCESCOAKIS.

(3) Dans les pays de *common law*, le divorce est un *decree* que le juge ne saurait rendre que par application de sa propre loi ; il y a donc conflit de juridictions, mais non conflit de lois. La possibilité pour un juge de se prononcer compte tenu d'une loi autre que la loi du for a été « découverte » par un juge fédéral américain dans une opinion dissidente ; v. *Allon v. Allon* 207 F. 2d 667 (3d Circ. 1953). Cette suggestion est restée sans écho.

batiques (1). Pour exprimer que le droit américain ne connaît pas le divorce en tant qu'objet de conflit de lois, mais en tant qu'objet de conflit de juridictions seulement, la Cour énonça que le renvoi au second degré allégué n'était pas « homogène » ; cette expression signifiait que la désignation de la loi de New York par la loi française portait sur la compétence législative, tandis que le renvoi allégué de la loi de New York à la loi mexicaine — à supposer qu'il existât — était un renvoi de compétence judiciaire. Pour exprimer que le renvoi allégué de la loi de New York à la loi mexicaine n'était pas un véritable renvoi, mais une simple fin de non-recevoir à l'action en inopposabilité (sans doute fondée sur l'*estoppel*), la Cour de Paris affirma que le renvoi devait être « parfait », c'est-à-dire qu'il devait épuiser la vocation à s'appliquer de la loi qui renvoie. De tels raisonnements sont tout-à-fait étrangers à l'esprit du droit américain que l'on prétend respecter (2). On ne saurait en blâmer la Cour de Paris, qui s'est efforcée de raisonner selon un règlement de conflit de portée universelle. L'exemple illustre cependant les limites de l'utilisation de l'exception de fraude au profit d'une loi étrangère ; tout au plus peut-on envisager son application en coordonnant des systèmes très proches, tels que le sont certains systèmes d'Europe continentale.

266. Au demeurant, le recours à l'exception de fraude au profit d'une loi étrangère suppose que l'on reconnaît une certaine valeur normative au règlement de conflit étranger. Cette vue est assez difficile à concilier avec celle selon laquelle la loi étrangère *de fond* n'a pas pour le juge français la valeur d'un impératif lors même qu'elle est désignée par la règle de conflit du for (3). Il serait curieux de reconnaître à la règle de conflit étrangère une autorité de principe que l'on refuse à la loi étrangère de fond. Il est vrai que l'arrêt *Bisbal* n'interdit pas de prendre en considération la loi étrangère, et même la règle de conflit étrangère. Mais devant les difficultés dont on vient de voir une illustration, il paraît plus simple de se prononcer directement sur la question de savoir si la loi étrangère de fond est ou non méconnue. Ce faisant, on opère une double économie de raisonnement : d'une part en ne mettant pas en œuvre la règle de conflit étrangère, d'autre part en ne faisant pas de l'intention des parties le fondement de la solution.

(1) Paris, 18 juin 1964, préc.

(2) Rappr. l'observation précitée d'un auteur selon laquelle la figure du renvoi et son admission permettent de camoufler la solution d'un conflit de systèmes sous les dehors d'une application un peu plus complexe de la règle de conflit du for (GOTHOT, *op. cit.*, p. 439).

(3) C'est ce qui paraît résulter de l'arrêt *Bisbal*, Civ., 12 mai 1959, préc. V. déjà Trib. civ. Seine, 11 juill. 1918, *Clunet*, 1919.286 : « la règle de droit international privé d'après laquelle le statut personnel des individus est gouverné par leur loi nationale n'a pas, pour le juge français saisi d'un litige entre étrangers, de caractère impérieux ».

267. β) Certaines décisions ont ainsi sanctionné la fraude à la loi étrangère en relevant simplement la violation de la loi de fond déclarée compétente, sans s'interroger sur la solution donnée par l'application du règlement de conflit étranger. Dans une affaire où deux Argentins domiciliés hors de leur pays avaient obtenu le divorce dans la principauté de Monaco, le tribunal de la Seine refusa de donner effet à ce divorce au motif qu'« il ne résulte pas des éléments de la cause que les époux S... aient eu leur domicile dans la principauté ; qu'... il semble donc bien que cette résidence, toute de circonstance, n'a eu d'autre but que de se faire attribuer le bénéfice d'un divorce que leur loi nationale ne leur accordait pas » (1). Le tribunal se prononçait donc en constatant la violation (délibérée) de la loi de fond argentine, sans rechercher si l'application de la règle de conflit étrangère ne conduirait pas à un résultat différent, notamment par un renvoi à la loi appliquée. Ce procédé est incontestablement plus simple que le précédent et il a le mérite de se recommander principalement comme lui du respect de la loi étrangère. Mais comme lui, il laisse subsister le risque d'appliquer la loi étrangère hors du domaine qu'elle s'assigne elle-même, de sanctionner une violation qu'elle ne sanctionnerait pas (2). C'est pourquoi il peut être plus franc de présenter la sanction d'une fraude à la loi étrangère comme celle d'une violation du droit international privé du for.

268. b) *La fraude sanctionnée comme une violation du droit international privé du for.* La Cour de cassation a énuméré dans l'arrêt *Munzer* les conditions auxquelles devait satisfaire un jugement étranger pour recevoir l'exequatur : la compétence du tribunal qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'« ordre public international » et l'« absence de fraude à la loi » (3). La condition relative à la régularité de la procédure suivie à l'étranger a depuis été interprétée de manière telle qu'elle se confond pratiquement avec celle de conformité à l'ordre public

(1) Trib. civ. Seine, 15 juill. 1929, confirmé par Paris, 24 mars 1930, *Rev. dr. int. pr.*, 1930.272, *Gaz. Pal.*, 1931.2.504.

(2) Il est significatif que dans une affaire de même nature mettant également en cause la loi argentine, le Tribunal de la Seine avait affirmé que, la règle de conflit argentine donnant compétence à la loi du domicile, rien ne s'opposait *a priori* à ce que soit reconnu le divorce d'une Argentine rendu dans un pays tiers au mépris de sa loi personnelle ; et pourtant dans cette affaire, l'intéressée reconnaissait ne s'être rendue dans le pays tiers que pour y divorcer ; v. Trib. civ. Seine, 11 juill. 1918, *Clunet*, 1919.286.

Ceci paraît confirmer qu'il n'y a pas d'attitude déterminée face à une fraude à la loi étrangère, mais seulement des décisions d'opportunité mises en forme.

(3) Civ., 7 janv. 1964, *Rev. crit.*, 1964.344, note Batiffol ; *Clunet*, 1964.302, note Goldman ; *J.C.P.*, 1964.II.13590, note Ancel.

de la décision rendue (1). Il reste donc quatre conditions auxquelles doit satisfaire un jugement étranger pour être exécutoire en France. L'arrêt *Munzer* n'a pas distingué selon que la situation considérée présentait ou non un rattachement avec la France au moment où elle est née. Il faut donc considérer que ces divers contrôles ont pour but d'assurer le respect des lois étrangères éventuellement compétentes autant que de la loi française (2). Qu'il s'agisse de protéger l'une ou les autres, on a maintes fois souligné l'abondance et la sévérité des contrôles prévus : en particulier, l'idée est fortement répandue à l'étranger que les tribunaux français sont hostiles à la reconnaissance des décisions étrangères (3). Or la rigueur des principes contraste avec le petit nombre des exequaturs refusés (4). Il est alors permis de se demander d'une part si tous les jugements étrangers qui reçoivent l'exequatur satisfont réellement à toutes les conditions énoncées par l'arrêt *Munzer* (5); et d'autre part, si les conditions énoncées sont réellement des conditions cumulatives ou ne font pas dans une certaine mesure double emploi. A cet égard, il semble que l'on peut opposer d'une part les conditions relatives à la compétence et à la loi appliquée, d'autre part celles relatives à l'ordre public et à la fraude à la loi. On pourrait en effet supprimer les premières sauf à réserver l'une ou l'autre des secondes : une décision rendue par un tribunal qui se reconnaît compétent du seul fait de la présence du demandeur et qui accède à sa demande sur son serment, est en effet contraire à l'ordre public et consacre vraisemblablement une fraude de la part du demandeur. Corrélativement, l'examen des décisions françaises indique qu'un jugement étranger rendu dans une espèce où ni les tribunaux français ni la loi française n'étaient compétents, ne se voit refuser l'exequatur en France que lorsqu'il consacre une fraude à la loi de la part des parties, ou pour une autre raison d'équité. Dans ces conditions, il est permis d'envisager successivement le contrôle de la compétence judiciaire et celui de la loi applicable, puis la réserve de l'ordre public, puis celle de l'absence de fraude, comme autant de moyens possibles et alternatifs de sanctionner une fraude à la loi étrangère ; on pourrait en supprimer certains, et il est peut-être regrettable qu'on les ait énumérés sous forme de conditions cumulatives.

(1) Civ., 4 oct. 1967, *Bachir*, D., 1968.95, note Mezger ; *Rev. crit.*, 1968.98, note P. Lagarde. Il était en effet abusif de la part du juge français de prétendre vérifier l'application par le juge étranger de sa propre loi ; v. obs. BELLET, *Trav. com. fr.*, 1964-66, p. 30 (et déjà *Trav. com. fr.*, 1962-64, p. 122).

(2) S'agissant en particulier du contrôle de l'absence de fraude, v. BREDIN, « Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt *Munzer* », *Trav. com. fr.*, 1964-66, p. 22.

(3) V. par ex. NADELMANN, « French Courts Recognize Foreign Money-Judgments : One Down and More To Go », 13 *Am. J. Comp. Law* 76 (1964), saluant la disparition du pouvoir de révision.

(4) Le Tribunal de la Seine rejette environ cinq pour cent des demandes d'exequatur ; v. BELLET, « La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers », *Trav. com. fr.*, 1962-64, p. 251.

(5) Sur ce point, *infra*, n° 277.

269. α) *Les conditions de compétence judiciaire et législative.* Ces deux conditions soulèvent une question préalable commune, qui est celle de savoir si elles doivent s'apprécier selon le droit français ou selon le droit étranger. L'arrêt *Munzer* n'a pas précisé si la *compétence judiciaire* devait, en l'absence de compétence française, se vérifier d'après les règles françaises ou étrangères. La question est controversée, mais il est certain que les tribunaux opèrent parfois cette vérification au regard des règles de compétence françaises (1). On a alors pu critiquer cette pratique au motif qu'il n'existe aucun argument convaincant à l'appui d'une « exportation systématique » du règlement français de compétence (2). La doctrine la plus récente a dénié tout lien nécessaire entre les règles de compétence directe et la compétence indirecte (3). S'agissant du contrôle de la *loi appliquée au fond*, l'arrêt *Munzer* déclare expressément qu'il doit s'opérer selon les règles françaises de conflit ; cette exigence a été qualifiée de « survivance d'un nationalisme juridique désuet » (4). Ces critiques participent d'un esprit international, car elles s'opposent à ce qui ressemble, plus encore qu'à un nationalisme, à un impérialisme juridique. Mais tout contrôle de la décision étrangère selon les conceptions du for ne saurait non plus être injustifié, alors que l'on prétend déduire dans son ressort les effets d'une décision étrangère par la coercition sur les personnes ou l'exécution sur les biens. La question est donc bien de savoir si ce contrôle doit s'effectuer par la « projection » du règlement français. Plutôt que de s'engager directement dans le débat théorique, il paraît plus éclairant de rechercher en jurisprudence dans quels cas, s'il en existe, le contrôle par projection du règlement français conduit à un refus d'exequatur. Il apparaît alors qu'il n'en est pratiquement ainsi que pour sanctionner une fraude. On pourrait en conclure qu'il entre plus d'équivoque dans l'énoncé des conditions de l'exequatur que de nationalisme dans leur application.

270. S'agissant de la *compétence* du tribunal d'origine, quelques décisions refusent l'exequatur à un jugement étranger au motif que le tribunal n'était pas compétent au regard des règles françaises. Par exemple, le tribunal de la Seine a refusé de reconnaître le divorce prononcé au Nevada entre une femme américaine, apparemment domiciliée à New York, et son mari Espagnol, lequel faisait défaut, au motif que « la décision rendue constitue une infraction à l'article 59 du Code de procédure civile... » (5). Il paraît clair que cette « exportation abusive » du règlement fran-

(1) V. BREDIN, *op. cit.*, p. 22 ; BATIFFOL, *Les effets des jugements étrangers*, Cours I.H.E.I., 1965-66, p. 87, et les notes sous l'arrêt *Munzer* préc.

(2) GOLDMAN, note au *Clunet*, 1964.306.

(3) D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970.

(4) G. HOLLEAUX, cité par BREDIN, *op. cit.*, p. 29.

(5) Trib. civ. Seine, 18 déc. 1931, *Clunet*, 1932.680, note Perroud.

çais de compétence n'était qu'un prétexte pour sanctionner un comportement que le tribunal réprouvait. Il n'était même pas allégué que le domicile du défendeur pouvait se trouver en France au moment du divorce. Cette « projection » d'une règle de compétence française ne visait donc, selon toute vraisemblance, qu'à sanctionner une fraude, qui, en l'absence de compétence exclusive française, était une fraude à la loi étrangère. De même, dans le cas d'un divorce rendu au Nevada entre un Anglais et une Américaine dont le mariage avait été célébré en France, on a vu le Tribunal de la Seine surseoir à statuer en demandant aux parties d'établir que les tribunaux français n'étaient pas compétents (1). Pourtant, si l'on considère la règle de conflit traditionnelle selon laquelle le statut personnel est régi par la loi nationale, il semble qu'un tribunal américain est au moins aussi qualifié pour prononcer le divorce entre un Anglais et une Américaine qu'un tribunal français (2). Ici encore, l'exigence que le règlement français de conflit de juridictions soit satisfait apparaît comme un prétexte permettant de sanctionner un comportement qui irrite le juge par le mépris qu'il manifeste à l'égard des lois, et cela qu'il s'agisse des lois françaises ou étrangères. Cette interprétation est confirmée par un arrêt de la Cour de Paris portant sur la reconnaissance du divorce prononcé à Cuba entre une femme cubaine et son mari autrichien, domicilié aux Etats-Unis. Les époux s'étant séparés, la femme était retournée dans son pays d'origine et y avait demandé le divorce. Il n'y avait manifestement rien de frauduleux dans ce comportement (3). La Cour de Paris accorda l'exequatur demandé en affirmant que « si le litige ne relève à aucun titre de la compétence des tribunaux français, la compétence internationale du juge étranger doit s'apprécier non d'après la loi française mais d'après la loi étrangère » (4). Pour concilier cette décision avec les précédentes, il suffit de constater l'absence de toute fraude. La projection du règlement français de compétence à des espèces dans lesquelles l'ordre juridique français n'était pas concerné au moment des faits s'expliquerait bien par le souci de justifier en droit une solution que l'équité inspire.

271. La même analyse s'applique à l'exigence selon laquelle la loi appliquée au fond par la décision étrangère doit être celle désignée

(1) Trib. civ. Seine, 11 janv. 1956, *Clunet*, 1956.1022, note Goldman ; *Rev. crit.*, 1956.128, note Bellet ; *J.C.P.*, 1956.II.9223, note Louis-Lucas.

(2) Ceci alors même que depuis l'arrêt *Rivière* la loi applicable au divorce d'époux de nationalité différente est déclarée être la loi de leur domicile commun. Dans l'espèce envisagée, rien n'indiquait que les époux fussent tous deux domiciliés en France (le contraire était même probable).

(3) Rappr. les faits et la solution de l'arrêt *Tarwid*, Civ., 15 mai 1961, *Rev. crit.*, 1961.547, note Batiffol.

(4) Paris, 4 févr. 1958, *Lundwall*, *J.C.P.*, 1958.II.10612, note Francescakis ; *Rev. crit.*, 1958.389, note H. B. ; *Clunet*, 1958.1016, note Ponsard.

par la règle de conflit française (1). Cette exigence, lorsque la loi applicable n'est pas la loi française, paraît n'avoir d'autre utilité que de sanctionner éventuellement une fraude à la loi. C'est ainsi que dans l'affaire *de Gunzbourg*, le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris justifièrent le refus d'exequatur notamment par le motif que le tribunal mexicain n'avait pas appliqué la loi de l'Etat de New York, compétente d'après la règle de conflit française. La Cour de Paris affirma que « l'intérêt qui s'attache à l'application de la loi ... [désignée par le système français de droit international privé], singulièrement en matière d'état des personnes, est, comme l'ont dit les premiers juges, aussi grand à l'égard de la loi étrangère que de la loi française » (2). Une déclaration aussi solennelle, et témoignant (indirectement) d'un tel souci d'assurer le respect des lois étrangères, contraste avec le principe énoncé par la Cour de cassation dans l'arrêt *Bisbal* selon lequel la règle de conflit française n'est pas d'ordre public lorsqu'elle prescrit l'application d'une loi étrangère (3). On peut également mettre en opposition l'affirmation de la Cour de Paris dans l'affaire *de Gunzbourg* avec l'extrême libéralisme dont les tribunaux français font preuve pour reconnaître les divorces prononcés à l'étranger en application d'une loi autre que celle désignée par la règle de conflit française (même lorsqu'il s'agit de la loi française) sous le prétexte de l'« équivalence » entre la loi étrangère appliquée et la loi désignée (4). Il est permis d'en déduire que l'exigence qu'ait été appliquée la loi étrangère désignée par la règle de conflit française a pour utilité première de sanctionner le cas échéant une fraude à la loi, avant que de faire respecter un prétendu caractère impératif du règlement français de conflit. L'énoncé de cette exigence se réduit à une formule, toutes les fois qu'il n'y a pas fraude à la loi ou que le juge ne désire pas sanctionner celle-ci, c'est-à-dire dans la très grande majorité des cas.

272. β) La condition de conformité à l'ordre public. La troisième des conditions de l'exequatur d'un jugement étranger peut s'entendre de différentes manières ; ceci explique qu'elle ne soit pas homogènes aux autres et qu'elle pourrait les remplacer toutes. La jurisprudence a rattaché à cette condition l'exigence que la procédure suivie à l'étranger ait été régulière (5). Traditionnellement, elle pourvoit au contrôle de la loi appliquée au fond, en permettant d'écarter une loi indésirable. On pourrait aussi bien déclarer contraire à l'ordre public certaines lois de compétence judiciaire étran-

(1) Cette similitude ne peut surprendre, puisque la « fraude à la compétence judiciaire » n'est pas une fin en soi ; *supra*, n° 57.

(2) Paris, 18 juin 1964, préc.

(3) Civ., 12 mai 1959, préc.

(4) BELLET, *Trav. com. fr.*, 1964-66, p. 31 et *infra*, n° 449.

(5) Civ., 4 oct. 1967, *Bachir*, préc. Sous le régime antérieur, v. Req., 11 nov. 1908, D., 1914.1.118, rapport Denis, *Clunet*, 1909.753 ; Paris, 15 nov. 1960, *Rev. crit.*, 1961.397, note Loussouarn.

gères (1). Cependant, un contrôle unique formulé en terme de conformité à l'ordre public serait peut-être encore trop sévère, obligeant à repousser des décisions étrangères dans des conditions inopportunes. Il est significatif que ni les lois de compétence judiciaire de certains Etats qui pratiquent le commerce des jugements, ni les lois de fond qui vont à l'encontre des principes les mieux établis, ne soient pas déclarées dans tous les cas heurter l'ordre public français. La théorie de l'effet atténué de l'ordre public a notamment permis de tempérer la rigueur des principes (2). Cette mansuétude peut s'expliquer par le fait de l'absence de fraude (on peut supposer que parmi les milliers de personnes qui divorcent chaque année dans le Nevada se trouvent de véritables résidents de cet Etat ...) ou, sans doute plus fréquemment encore, par le fait que la fraude n'a pas été alléguée et que le juge n'estime pas opportun de soulever cette question (3). Il reste donc que pratiquement, les rares jugements étrangers qui se voient refuser l'exequatur alors que ni les tribunaux français ni la loi française n'étaient compétents, s'expliquent par le désir du juge de sanctionner une fraude. De même que les conditions relatives à la compétence judiciaire et à la compétence législative, la condition de conformité à l'ordre public ne sert pratiquement qu'à sanctionner une fraude. Au demeurant, lorsque celle-ci est relevée, elle est parfois déclarée contraire à l'« ordre public international », entendu dans ce cas non comme l'ordre public interne appliqué au droit international privé, mais comme un ordre public véritablement international parce que commun à l'ensemble des nations, et qui imposerait la sanction du *forum shopping* (4). Par conséquent, le caractère trop compréhensif de la notion d'ordre public et le fait que cette notion ne serve pratiquement qu'à sanctionner le cas échéant une fraude, incitent à se demander si l'on ne devrait pas réduire le contrôle du juge de l'exequatur, au moins en l'absence de compétence de la loi française, à la constatation de l'absence de fraude.

273. γ) La condition d'absence de fraude. La condition relative à l'absence de fraude a été expressément introduite par l'arrêt *Munzer* (5). Mais contrairement à ce que paraît indiquer l'arrêt, qui énonce les conditions de l'exequatur de manière cumulative, cette condition n'est pas homogène aux précédentes. L'étude de celles-ci a indiqué qu'elles suffisent à sanctionner toute fraude à la

(1) BATIFFOL, *L'effet des jugements étrangers*, Cours I.H.E.I., 1965-66, p. 95.

(2) En ce qui concerne le divorce par répudiation, v. Civ., 28 janv. 1958, *Rev. crit.*, 1958.110, note Jambu-Merlin ; Trib. civ. Seine, 26 oct. 1959, *Rev. crit.*, 1960.354, note Loussouarn.

(3) C'est ainsi que l'on peut deviner la fraude à travers des décisions où elle n'est pas relevée, au seul vu de la juridiction ayant rendu la décision étrangère ; v. par ex. Trib. gr. inst. Seine, 24 nov. 1965, *Clunet*, 1966.366, obs. Kahn.

(4) V. Paris, 18 juin 1964, de *Gunzbourg*, *supra*, n° 256 ; 24 mars 1930, *préc.* Sur l'ordre public « véritablement international », v. *supra*, n° 225.

(5) Civ., 7 janv. 1964, *préc.*

loi, et même que pratiquement en l'absence de compétence impérative française, elles n'ont pas d'autre objet. Corrélativement, on peut se demander si l'érection de l'absence de fraude en condition de l'exequatur ne devrait pas être la transition vers un renversement des principes en la matière : on poserait en principe la reconnaissance de toutes les décisions émanant d'un tribunal étranger, y compris celles rendues dans les conditions les plus choquantes, sauf à réserver l'exception de fraude (1). La caractéristique de celle-ci est bien de priver d'effets une situation dont on a préalablement reconnu la régularité juridique. Au point de vue pratique, cette attitude se recommanderait des données statistiques, puisque les décisions recevant l'exequatur sont de beaucoup les plus nombreuses, et de données qualitatives, puisqu'il paraît clair que les barrières de l'exequatur visent avant tout les divorces frauduleux (2).

274. On parvient donc à cette constatation que les lourdes conditions de l'exequatur posées par l'arrêt *Munzer* pourraient être réduites à une seule, l'absence de fraude, qui les contient toutes et qui paraît traduire la véritable finalité de l'exequatur. Une étude récente consacrée à la condition de compétence présente une conclusion qui paraît extrêmement voisine, sur le point précis qu'elle envisage : « la compétence du juge étranger, comme la procédure étrangère, n'a en principe lieu d'être contrôlée afin de sanctionner, en repoussant le jugement étranger, une atteinte intolérable à l'intérêt procédural d'un plaideur ou à la bonne administration de la justice » (3). Cette conclusion vaut pour le contrôle de la compétence législative, dans la mesure où la compétence judiciaire ne constitue pas une fin en soi (4). Or l'« atteinte intolérable à l'intérêt procédural d'un plaideur ou à la bonne administration de la justice » s'applique exactement à une fraude à la loi, unilatérale dans le premier cas, concertée dans le second. On sait d'autre part qu'une

(1) Rapp. D. ALEXANDRE, *op. cit.*, n°s 336, 341, 347. Il convient de souligner une fois encore la distinction entre la fraude et l'exception de fraude. La condition posée par l'arrêt *Munzer* vise-t-elle l'agissement frauduleux, il est inutile de poser cette condition, car les autres pourvoient au refus de reconnaissance ; la mention d'une fraude ne serait qu'une constatation de fait à l'appui de la décision (v. par ex., pour une « fraude » à la loi française, l'arrêt *Weiller*, *supra*, n° 8). Lorsque l'on parle de la fraude « au sens étroit » on veut dire que celle-ci est le fondement de la décision ; on est alors dans le domaine de l'exception de fraude.

(2) V. GOLDMAN, *Tr. com. fr.*, 1964-66, p. 48 ; FRANCESCAKIS, *Rev. crit.*, 1971.603 et s'agissant de l'exequatur en général, MALAURIE, D., 1960.714 (« Ce qui est au cœur de l'office du juge de l'exequatur ... c'est de rechercher la fraude ; c'est à ce but primordial que tendent ses pouvoirs... »).

(3) D. HOLLEAUX, *op. cit.*, n° 402 ; v. également n° 412.

(4) Mais c'est le contrôle de la compétence judiciaire qui tend à s'imposer dans les conventions internationales ; v. la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale conclue le 1^{er} février 1971 (art. 4 et art. 7, al. 1) et la Convention sur la reconnaissance des divorces et séparations de corps prononcés à l'étranger, conclue le 1^{er} juin 1970 (art. 2 et art. 6, al. 2).

telle fraude n'est possible que favorisée par une loi de compétence abusive, c'est-à-dire retenant un rattachement insuffisant : elle pourrait donc également être écartée au nom de l'ordre public (1). On rejoint ici l'hypothèse avancée plus haut selon laquelle la réserve de l'ordre public et celle de la fraude à la loi servent le même objectif et font double emploi avec les conditions de compétence judiciaire et législative (2).

275. Ceci permet de mieux percevoir la signification du défaut d'homogénéité des conditions posées par l'arrêt *Munzer* qui a été suggéré à cette occasion. Dans le contexte doctrinal où s'inscrit cet arrêt, l'ordre public et la fraude à la loi n'interviennent qu'au second degré, après l'application bilatérale d'un règlement de compétence judiciaire ou législative, pour évincer le cas échéant la loi « normalement » compétente (ou nier la compétence de la juridiction étrangère). Dans un contexte unilatéraliste, l'absence de contrariété à l'ordre public ou l'absence de fraude à la loi constituent des conditions qui se suffisent à elles-mêmes. Ces constatations sont importantes pour la théorie de l'exequatur. Après avoir constaté que l'application des contrôles « bilatéralistes » ne vise pratiquement qu'à s'opposer à la fraude, il est tentant de conclure par le rejet de principe de ceux-ci au profit d'une méthode unilatéraliste dans laquelle l'absence de fraude serait la seule condition (3). On se priverait en revanche d'un modèle de réglementation des relations privées internationales qui remplit une fonction didactique autant que pratique (4). L'objet de la présente étude n'impose pas de prendre parti dans le débat. En revanche, on doit rappeler que la méthode bilatéraliste offre des moyens de ne pas sanctionner une fraude, moyens dont on sait qu'ils sont aussi importants que ceux de la sanctionner.

276. 2) La fraude non sanctionnée. — L'opportunité commande souvent de fermer les yeux sur une fraude, pour ne pas remettre

(1) Rappr. BATIFFOL-LAGARDE, n° 719.

(2) *Supra*, n° 268.

(3) Il existe en ce sens une tendance jurisprudentielle dont on a vu l'expression dans l'arrêt *Lundwall* (*supra*, n° 270, *in fine*) et qui s'est manifestée depuis de manière plus précise, dans une affaire qui n'était pas de divorce : Paris, 10 nov. 1971, *Mack Trucks*, *Clunet*, 1973.239, note Huet. La même tendance s'affirme en doctrine (P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1974) où cependant le « bilatéralisme » trouve de nouveaux défenseurs (F. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, 1973, notamment nos 500 et s.).

(4) Il est toutefois permis de se demander si la première n'est pas payée d'un prix trop élevé étant donné qu'elle paraît surtout reçue dans les systèmes moins bilatéralistes que le système français comme la manifestation d'un nationalisme injustifié.

La fonction didactique serait d'autre part plus correctement remplie si l'on éliminait du système « projeté » les dispositions non bilatéralisables telles qu'en matière de compétence judiciaire, la compétence exclusive française déduite des articles 14 et 15 du Code civil.

en question une situation acquise. Cela est notamment le cas dans les questions d'état des personnes, et comme il s'agit également de celles dans lesquelles la fraude à la loi de droit international trouve principalement à s'exercer, il est important de relever la manière dont le juge évite de sanctionner une fraude manifeste. A cet égard une remarque pratique importante s'impose : le problème ne s'élève que dans le cas où la question de la fraude a été soulevée, notamment par le défendeur à l'exequatur, qui démontre parfois celle-ci avec d'autant plus de facilité qu'il y a participé (1). Alors, le juge peut se trouver dans la situation délicate où il est placé en face d'une fraude manifeste, mais préférerait ne pas sanctionner celle-ci pour des raisons d'opportunité. Cependant, ce cas est sans doute pratiquement rare à côté de ceux où les parties, après avoir saisi d'un commun accord un juge incompétent, sont toujours d'accord au moment où l'exequatur est demandé en France ; ou encore de ceux où il n'y a pas de défendeur présent à l'instance en exequatur (2). Dans tous les cas, le juge qui subodore la fraude, ne serait-ce qu'au vu de la juridiction ayant rendu la décision, peut néanmoins, s'il l'estime préférable, exercer les contrôles prévus avec indulgence. Il est difficile de savoir combien de décisions qui reçoivent l'exequatur ont été en fait rendues par un juge radicalement incompétent, puisque ne sont publiées que des décisions d'exequatur ayant donné lieu à un débat réel (3). Mais il est certain que le premier moyen pour le juge de ne pas sanctionner la fraude est de ne pas s'y intéresser et il est probable que ce moyen est le plus pratiqué. Un moyen voisin consiste, dans le système français, à nier la nécessité de l'exequatur de la décision étrangère (4). Dans une affaire où une femme américaine, divorcée au Nevada de son mari Brésilien, demandait en France l'exequatur de ce jugement, le Tribunal de la Seine (sans doute alerté par la réputation du tribunal d'origine) avait sursis à statuer pour permettre à la demanderesse d'expliquer « dans quelles conditions elle [avait] été amenée à quitter [le Nevada] dès le 30 avril 1956, alors qu'elle semblait avoir eu l'intention d'y rester pour une période indéfinie de temps » (5). Estimant peut-être que c'était là mener un vain combat en faveur d'une loi étrangère qui ne demandait pas à être respectée (il semble que l'intéressée était domiciliée à New York au moment du divorce), la Cour de Paris réforma la décision au motif qu'il n'y avait pas lieu de demander l'exequatur « dès lors que le jugement étranger ne nécessite en France aucun

(1) V. l'affaire de *Gunzburg*, Paris, 18 juin 1964, préc.

(2) A Paris, le quart des exequaturs est rendu par défaut, v. BELLET, *op. cit.*, p. 252.

(3) On peut, en revanche soupçonner la fraude dans des décisions commentées sur un autre point ; v. *supra*, note (3), p. 206.

(4) Ceci revient à affirmer une absence de conflit entre la loi du for (ici la loi de droit international privé) et la loi étrangère, la première n'ayant aucun intérêt à recevoir application. C'est une attitude typiquement « unilatéraliste ».

(5) Trib. civ. Seine, 28 nov. 1956, *Clunet*, 1957.148, obs. Sialelli.

acte d'exécution ou de contrainte» (1). Par ailleurs, l'Instruction du garde des Sceaux sur l'état-civil du 21 septembre 1955 dispose, relativement au mariage en France d'étrangers dont un précédent mariage a été dissous par un divorce, que : « Les étrangers divorcés, *contrairement aux règles de leur statut personnel*, peuvent contracter mariage devant l'officier de l'état-civil français lorsque ... le jugement définitif, émanant du tribunal étranger, n'a pas été déclaré « inopposable » en France » ; et l'Instruction ajoute que l'officier de l'état-civil avertira les futurs époux que leur mariage risque de ne pas être reconnu valable à l'étranger (2). Il est remarquable que l'on n'envisage pas, contrairement à ce qui est le cas pour un mariage non précédé d'un divorce, que le mariage célébré en France soit annulé en France même (3). Cela paraît indiquer que pour l'autorité française, le fait que le divorce étranger n'ait pas été contesté au moment où le second mariage est célébré, purge ce divorce des vices qui auraient pu l'entacher. Il faut voir là le souci de ne pas remettre en question des situations acquises, même en fraude à la loi, dans un domaine où une annulation rétroactive peut avoir de graves inconvénients. Lorsque cependant la question de la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce vient à être soulevée devant le juge et que celui-ci estime inopportun de la sanctionner, deux moyens s'offrent à lui : le premier consiste à se retrancher derrière l'extranéité de la loi pour ne pas sanctionner sa violation ; le second consiste au contraire à se recommander du respect de la loi étrangère qui ne sanctionne pas sa propre violation internationale.

277. a) Le défaut de sanction fondé sur l'extranéité de la loi. La loi étrangère n'a pas pour un juge donné le même caractère impératif que la loi du for ; aussi lui serait-il toujours possible de justifier pour cette raison le défaut de sanction de la fraude à la loi étrangère. Cette justification n'est cependant pas recommandable en ce qu'elle manifeste une indifférence de principe à l'égard des lois étrangères. On ne la rencontre, semble-t-il, que dans deux décisions déjà anciennes du tribunal de la Seine, et encore dans la première n'était-il pas allégué que la loi évincée l'ait été dans un but de fraude. Les motifs du tribunal valent cependant d'être cités, en ce que celui-ci a refusé de « bilatéraliser » la règle de conflit française et de l'appliquer à une situation sans lien avec le for au moment où elle est née. Il s'agissait en l'espèce d'un divorce prononcé en Allemagne entre époux italiens : « Attendu, dit le tribunal pour accorder l'exequatur, que l'article 3 du Code civil ne vise que le statut personnel des Français sans attribuer une préférence à l'un ou à l'autre des deux principes qui, suivant les pays, rattachent les lois relatives à l'état

(1) Paris, 7 nov. 1957, *Rev. crit.*, 1959.319, note Bellet.

(2) Instruction générale, n° 478 (*Rev. crit.*, 1955.597 ; éd. *J.O.*, mise à jour au 6 oct. 1970, p. 227) ; v. également, nos 512 et s. de l'Instruction.

(3) Instruction générale, n° 475 (*Rev. crit.*, 1955.596 ; éd. *J.O.*, préc., p. 226).

et à la capacité des personnes à la nationalité ou au domicile ... » (1). Dans la seconde affaire, la fraude à la loi étrangère, en l'occurrence la loi argentine, n'était guère douteuse, et elle était invoquée par celle-là même qui l'avait provoquée en allant divorcer aux Etats-Unis. Estimant inopportun de sanctionner la fraude, ne serait-ce que pour cette seule raison, le tribunal déclara simplement qu'« entre les deux législations en conflit, rien en France ne justifie la prédominance réclamée en faveur de la loi argentine » (2). En présence d'une fraude caractérisée, il n'est cependant pas recommandable d'ignorer celle-ci pour le seul motif d'extranéité de la loi évincée, comme a paru le faire la seconde décision citée. Cette justification n'est légitime qu'en cas de contrariété de la loi étrangère évincée à l'ordre public du for.

278. b) *Le défaut de sanction fondé sur le respect de la loi étrangère.*

Une décision française remarquée a sanctionné une fraude à la loi étrangère en invoquant l'application du droit étranger, dans un cas où il est probable que le juge étranger concerné n'aurait pas sanctionné celle-ci (3). Si le juge estime au contraire inopportun de sanctionner le comportement des parties, il lui suffit en pareil cas de se retrancher derrière l'attitude du juge étranger ; dans un système où l'on procède par règles de conflit, on dira que l'on accepte le « renvoi au second degré » fait par la loi prétendument évincée à la loi appliquée. Mais il vaut mieux ne pas voir dans une telle décision une décision de principe, parce que les juges sont naturellement hostiles à la fraude et qu'ils préfèrent normalement sanctionner celle-ci lorsqu'ils le peuvent. Deux arrêts connus de la jurisprudence anglaise permettent d'illustrer ces propositions. Dans le premier, un Américain, domicilié à New York, avait épousé une Anglaise. En 1891, la femme se rendit dans le Dakota du Sud avec l'accord de son mari pour y obtenir le divorce. En 1892, elle se remaria à un Anglais. Quelques années plus tard, son premier mari se remaria également, et c'est en 1905 seulement qu'il invoqua la nullité de cette union en Angleterre, au motif que son premier mariage n'avait pas été valablement dissous. Plutôt que d'accéder

(1) Trib. civ. Seine, 18 nov. 1901, *Clunet*, 1902.103. Cette affirmation est singulière, à une époque où les idées de Mancini connaissent leur plus grande faveur. Ce jugement se singularise à un autre égard, lorsqu'il affirme, moins de vingt ans après le rétablissement du divorce en France, qu'« il n'y a aucun intérêt à faire prévaloir contre le statut personnel allemand les dispositions du statut personnel italien ... et il y a même, comme dans l'espèce, où il s'agit d'un cas de dissolution du mariage par le divorce, une corrélation plus étroite entre l'ordre public interne français et le statut personnel allemand ».

(2) Trib. civ. Seine, 11 juill. 1918, *Clunet*, 1919.286. Cet exemple confirme que le problème de la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce s'analyse toujours en un conflit objectif entre deux lois étrangères, à la solution duquel il n'est nullement nécessaire de faire intervenir la fraude pour la sanctionner, et dont il suffit d'exclure la fraude pour ne pas la sanctionner.

(3) Paris, 18 juin 1964, *de Gunzburg*, *préc.*

à cette demande sans doute inspirée, par d'autres mobiles que le respect de la loi, la Cour reconnut la validité du divorce rendu dans le Dakota, au motif que ce divorce serait reconnu dans l'Etat de New York, le plus concerné au moment des faits comme étant celui du domicile des parties (1). Ceci n'empêche pas que le juge anglais sanctionne le cas échéant des fraudes de ce type, comme le montre la seconde affaire où il fut jugé différemment, au motif que les intérêts anglais étaient principalement concernés (2). Pourtant, il semble que dans l'affaire *Armitage*, il y avait autant de raisons de considérer le mari comme domicilié en Angleterre, et non à New York qu'il n'y en avait dans l'espèce *Mountbatten*. L'explication serait donc que dans la seconde décision il a paru possible au juge de sanctionner la fraude, tandis que dans la première, l'écoulement du temps rendait la sanction inopportune (3). Le juge anglais, moins qu'aucun autre, ne saurait être suspecté de complaisance à l'égard de comportements qui manifestent un mépris des lois (4). Une fois encore, en matière de fraude, il paraît nécessaire de chercher au-delà des raisonnements juridiques la raison profonde de décisions que l'équité inspire (5).

(1) *Armitage v. Attorney General* [1906], P. 135. V. depuis, *Mather v. Mahoney* [1968] 1 W.L.R. 1773 : un *decree* du Nevada où, selon la constatation même de la Cour, la femme s'était rendue dans le but d'obtenir le divorce, est déclaré opposable en Angleterre, au motif qu'il est reconnu dans l'Etat de Pennsylvanie « où la femme était résidente et où elle avait passé la majeure partie de sa vie ».

(2) *Mountbatten v. Mountbatten* [1959], p. 43 (1958). Dans cette affaire, le mari avait épousé à New York une Américaine. Puis il était retourné en Angleterre, la femme restant à New York. Quelques années plus tard, la femme obtint le divorce dans l'Etat de Chihuahua (Mexique), à la faveur d'un séjour d'une journée. Son mari demandait que ce divorce soit reconnu en Angleterre, faisant valoir qu'il le serait à New York. Sa demande fut rejetée, et le précédent *Armitage* distingué : dans la présente affaire, le domicile du mari étant jugé se trouver en Angleterre, il n'y avait pas lieu, pour la Cour, de se ranger à la jurisprudence new-yorkaise.

V. également *Middleton v. Middleton* [1969], P. 62, espèce dans laquelle une fraude de droit interne vis-à-vis de l'autorité saisie (Illinois) s'ajoutait à une fraude de droit interétatique vis-à-vis de la loi du domicile (Indiana) (v. commentaire LIPSTEIN, *Clunet*, 1969.139).

(3) L'opinion a précisément été exprimée en Angleterre par les *Law Commissioners* que le stade de la reconnaissance n'est pas le stade approprié pour décourager le *forum shopping* parce que même s'il y a eu *forum shopping*, le véritable problème est d'éviter les mariages boiteux (cité par MORRIS, « L'évolution récente du droit international privé anglais », *Clunet*, 1973.178).

(4) Dans l'affaire *Mountbatten*, le juge Davies conclut son opinion par les remarques suivantes : « Pour tous les inconvénients, la confusion et le scandale qui résultent de cette décision, les parties ne doivent s'en prendre qu'à elles-mêmes et à leurs conseils. La procédure [de divorce] aurait pu être valablement intentée devant cette Cour. De la même manière, la femme aurait pu... obtenir à New York un divorce valable en Angleterre. Au lieu de cela, les parties ont préféré recourir à la juridiction mexicaine. De là leurs ennuis ».

(5) Plus récemment, la Court of Appeals a reconnu un divorce étranger dans des conditions très libérales par rapport à la jurisprudence antérieure : *Indyka v. Indyka* [1969] 1 A.C. 33 ; mais elle a réservé la fraude, ce qui permet de rendre la solution que les circonstances suggèrent (rapp. *supra*, nos 274 et 275). Sur

279. Le petit nombre des décisions françaises illustrant le problème de la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce montre que celui-ci n'est que rarement soulevé devant un juge donné. En France, il est probable que parmi toutes les décisions présentées à l'exequatur et dont un certain nombre ont été rendues par des juridictions de compétence discutable, bien peu font l'objet d'un débat réel. En pareil cas, le juge français a parfois manifesté son hostilité à la fraude, et il a justifié son refus de l'exequatur par une application des règles de droit international privé français à des situations sans lien avec le for lorsqu'elles étaient nées. Mais il est souvent plus opportun d'ignorer une fraude que de la sanctionner. Quoi qu'il en soit le problème de la fraude à la loi étrangère ne se pose pas globalement, puisque tantôt il est opportun de sanctionner une telle fraude (notamment en raison de la similitude des politiques législatives suivies par la loi évincée et la loi du for), tantôt il ne l'est pas (notamment parce que la loi étrangère concernée ne sanctionne pas sa propre violation internationale). Les moyens de sanctionner la fraude abondent, et une fois admis que ces moyens poursuivent une fin unique et font donc double emploi, il conviendrait peut-être, en France, de simplifier les règles de l'exequatur. Les moyens de ne pas sanctionner la fraude sont rarement envisagés, mais offrent pratiquement un intérêt supérieur. Dans cette mesure, la fraude à la loi étrangère ne pose pas des problèmes différents de ceux posés par la fraude à la loi du for. Il s'agit effectivement des deux manifestations d'un phénomène universel, la fraude à la loi de droit international, dont la théorie est unitaire.

cet arrêt, v. FRANCESKAKIS, « Un bond de la jurisprudence anglaise en matière de reconnaissance des décisions étrangères. L'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire du divorce *Indyka* », *Rev. crit.*, 1969.601 (notamment p. 628).

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

280. Voici dégagée la théorie générale de la fraude à la loi de droit international. Une telle fraude s'analyse dans tous les cas en une violation objective de la loi fraudée, par l'application d'une loi étrangère dont le titre à gouverner la situation considérée est largement moindre. Elle est commise à l'initiative du sujet, qui a saisi l'autorité publique étrangère, un juge ou un organe exécutif, pour lui faire appliquer sa propre loi malgré l'absence de rattachement prépondérant avec la situation ; l'exercice dans le ressort de la loi évincée des droits irrégulièrement acquis consomme la fraude à la loi. Où que ces droits soient exercés, leur exercice peut se heurter à la contestation d'autrui, ce qui pose le problème de la sanction de la fraude à la loi. Dans le ressort de la loi évincée, c'est un problème de fraude à la loi du for. Hors du ressort de la loi évincée, on parle de fraude à la loi étrangère ; mais cette expression recouvre deux situations distinctes, selon que l'on se trouve dans le ressort même de la loi appliquée (fraude à la loi étrangère par application de la loi du for), ou dans un ressort tiers (fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce). Dans tous les cas, l'existence d'une *fraus* du sujet n'influe normalement ni sur l'opportunité de la sanction, ni, le cas échéant, sur sa portée. L'opportunité de la sanction ne doit dépendre que du point de savoir si objectivement la loi est fraudée. La portée de la sanction est normalement l'inopposabilité, car il n'appartient pas aux autorités d'un pays donné d'annuler les actes passés par une autorité étrangère ; dans le cas de la fraude à la loi étrangère par application de la loi du for, cependant, la sanction doit normalement s'exercer préventivement par le refus d'exercer sa compétence faute de rattachement suffisant avec la situation considérée, et l'on peut envisager d'autre part l'annulation d'actes passés en fraude à une loi étrangère. La *fraus* du sujet peut en revanche influencer sur le mode de sanction. Elle est le fondement de celle-ci dans l'exception de fraude à la loi, exception au jeu de la règle de conflit, dont quelques applications anciennes par la jurisprudence française ont donné naissance aux théories traditionnelles de la fraude. Mais dans la plupart des cas où elle est mentionnée, elle n'est que le soutien d'une décision autrement fondée. Enfin, il est possible de sanctionner une fraude manifeste sans mentionner celle-ci. Pour ce faire, on peut en premier lieu formuler une règle de conflit différente de celle invoquée par

le sujet. D'autre part, le procédé de la règle de conflit n'est pas le procédé exclusif de réglementation des relations privées internationales ; on peut résoudre un conflit en comparant les domaines d'application des lois concernées. Il en résulte qu'il est *toujours* possible de sanctionner une fraude à la loi de droit international en se prononçant « immédiatement » pour l'application de la loi évincée, et sans faire de la fraude du sujet ni le fondement ni même le soutien de la décision. Il est significatif que l'exception de fraude à la loi soit à peu près inconnue en droit comparé. La théorie de la fraude ainsi dégagée peut être vérifiée sur tous ses points par une étude, autant que possible comparative, de droit positif.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT POSITIF

281. La fraude à la loi est concevable à l'encontre de toute règle obligatoire. En élaborant la théorie de la fraude à la loi de droit international, on a cependant été amené à identifier le domaine dans lequel une telle fraude peut s'exercer avec le plus de succès, celui de l'état des personnes. Deux raisons expliquent cette constatation. La première tient au fait que s'agissant de créer ou de modifier un état, c'est-à-dire de conférer des droits pour l'avenir, il est difficile de se prononcer avec certitude sur la loi la plus compétente. En particulier, l'autorité requise est contrainte de s'en remettre, en tout ou en partie, à une déclaration de volonté du demandeur, qui affirme vouloir exercer ces droits principalement dans le ressort de la loi locale. Or cette déclaration peut être mensongère et le sujet exercera ces droits dans un ressort étranger, en se réclamant du respect international des droits acquis. En second lieu, l'exercice dans un ressort donné de droits acquis en application d'une loi incompétente est d'autant moins difficile qu'il ne se heurte pas à la contestation d'autrui : tel est fréquemment le cas dans les questions d'état. Ces deux facteurs opposent les questions d'état aux questions purement patrimoniales. Dans celles-ci, la fraude est concevable, soit par désignation d'une loi incompétente dans un acte juridique (à condition que ce choix soit entériné par un tribunal), soit par *forum shopping* en toute matière. Mais d'une part l'autorité saisie dispose normalement de tous les éléments propres à déterminer la loi la plus compétente pour régir une situation qui a épuisé ses effets. Et à supposer d'autre part qu'elle applique sa loi sans rattachement suffisant, l'exercice de ses droits par le sujet se heurte normalement dans le ressort de la loi compétente à la contestation d'un débiteur. C'est donc l'étude du statut des personnes qui permet d'illustrer les applications de la théorie générale de la fraude à la loi de droit international. A cet égard, il convient de distinguer selon que le sujet tente de se soustraire à une obligation de droit public (*Titre I*), ou de droit privé (*Titre II*) : car l'intérêt direct de l'Etat à l'application des dispositions de droit public rend la fraude plus difficile à parfaire et, surtout, sa prévention est généralement assurée par les textes. L'étude des actes juridiques à but patrimonial permettra ensuite de vérifier que la fraude à la loi de droit international ne trouve guère à s'exercer en matière patrimoniale, et aussi de se prononcer sur la portée de la règle de conflit traditionnelle de la loi d'autonomie (*Titre III*). L'étude du statut des personnes morales, c'est-à-dire pratiquement des sociétés, permettra enfin de synthétiser les observations antérieurement dégagées ; en effet, la société participe du statut des personnes et de celui des actes juri-

diques : selon que l'on envisage la société comme une institution ou comme un contrat, les possibilités de fraude sont plus ou moins grandes, et les moyens de la combattre différents (*Titre IV*).

Titre I. — **Le statut personnel de droit public.**

Titre II. — **Le statut personnel de droit privé.**

Titre III. — **Les actes juridiques à but patrimonial.**

Titre IV. — **Le statut des personnes morales.**

TITRE I

LE STATUT PERSONNEL DE DROIT PUBLIC

282. Le statut personnel de droit public peut être défini comme l'ensemble des liens qui rattachent une personne à un Etat (ou à plusieurs Etats). Ces liens sont le plus souvent des obligations pour l'individu, mais il a également des droits à l'encontre de l'Etat (libertés publiques). Lorsqu'un Etat réglemente ses relations avec les particuliers, il le fait sur la base de deux rattachements : la *nationalité* et le *domicile* (1). C'est ainsi qu'en France, les lois sur le recrutement de l'armée s'appliquent aux nationaux (2), tandis que l'impôt sur le revenu des personnes physiques frappe tous ceux qui ont en France une résidence habituelle (3). Il convient de rechercher si un individu soumis à une obligation de droit public, soit à raison de sa nationalité, soit à raison de son domicile, peut échapper à cette obligation par une fraude à la loi de droit international. Une telle fraude consiste pour un particulier à se soustraire à l'application d'une loi compétente, en faisant intervenir une loi étrangère, et tout en continuant de relever matériellement de la loi évincée. Et l'on sait que la fraude a d'autant plus de chances d'être efficace que l'intervention de la loi étrangère fait présumer l'incompétence de la loi évincée (4). Si l'on envisage la fraude au statut personnel de droit public à la lumière de ces idées, il apparaît que la fraude de droit international n'a guère de chances d'être efficace lorsque l'obligation de l'individu est rattachée au domicile ; elle doit au

(1) A la différence de la nationalité, le domicile n'est pas défini *a priori* et à l'égard de toutes les dispositions dont il commande l'application ; la réalité qu'il recouvre varie donc avec l'institution pour lequel il joue. Il peut s'agir d'une résidence, voire de la simple présence sur le territoire (rapp. l'« habitation » sur le territoire, visée par l'art. 3, al. 1, C. civ. pour l'application des lois de police et de sûreté ; v. BATIFFOL-LAGARDE, n° 557).

(2) V. loi du 31 mars 1928, art. 1^{er} ; C. serv. nat. (loi du 10 juin 1971), art. 3, al. 1.

(3) Art. 4, al. 1, C.G.I.

(4) Sur tous ces points, *supra*, I^{re} Partie, Chap. II (p. 89 et s.).

contraire être envisagée dans les cas où l'application de la loi dépend de la nationalité.

283. Ce qui rend la fraude difficile lorsque le statut personnel est rattaché au *domicile*, c'est que dans l'ordre international comme dans l'ordre interne, l'acquisition et la perte du domicile ne se font en général pas de façon formelle. Aussi l'autorité chargée d'appliquer la loi constate-t-elle l'existence du domicile en même temps qu'elle applique la loi. Par conséquent, si l'individu se trouve matériellement dans le ressort de la loi, il ne lui servira de rien d'affirmer qu'il se trouve ailleurs ; plus précisément, si l'individu rentre dans la catégorie des personnes que la loi définit comme « domicilié », « habitant » ou « résident », il ne lui servira de rien d'affirmer être domicilié, habitant ou résident d'un autre Etat : la loi s'applique immédiatement à lui (1). Le seul moyen d'échapper à son application consiste dans ces cas à se transporter effectivement à l'étranger et à y demeurer ; alors on échappe à l'application de la loi en tant que celle-ci vise la personne (2). Dans la mesure où cette loi prétend toujours s'appliquer, elle est alors méconnue. Quant au point de savoir si elle est fraudée, la réponse varie avec l'écoulement du temps. Si l'on peut dire que la loi est fraudée au moment où le sujet traverse la frontière pour s'y soustraire (3), la loi est de moins en moins fraudée à mesure que le temps s'écoule ; à tel point qu'après un certain temps, qui varie selon la disposition considérée, c'est cette loi qui commettrait un abus en prétendant encore s'appliquer.

284. Ce qui rend la fraude concevable lorsque le statut personnel est rattaché à la *nationalité*, c'est que l'acquisition d'une nationalité étrangère se marque par une intervention concrète et positive de l'Etat qui accueille l'individu, sous la forme d'un acte de naturalisation. Cette intervention va permettre dans certains cas à l'intéressé de retourner dans le ressort de la loi qui s'appliquait antérieurement à lui, en prétendant qu'elle ne lui est plus applicable. En effet, étant donné les inconvénients pour l'ordre international des cas de double nationalité, un Etat peut prévoir que l'acquisition

(1) L'observation ne vaut que pour le statut des personnes physiques. S'agissant des personnes morales, et à travers elles des navires, dont l'immatriculation dans un pays donné peut être assimilée à une domiciliation, certains Etats tolèrent la violation de leurs lois fiscales par immatriculation à l'étranger (v. *supra*, n° 162).

(2) Mais si l'individu qui a transféré son domicile hors du territoire y laisse des biens, la loi locale territoriale (et notamment fiscale) peut continuer à s'appliquer à ces biens au titre du statut réel.

(3) Dans cette mesure, l'admission à domicile par l'exercice du *droit d'asile* constitue de la part de l'Etat une violation de la loi étrangère. Cette violation est possible parce que les Etats ne se considèrent pas comme tenus d'assurer le respect des lois de droit public étrangères, sauf convention assurant la réciprocité. Il s'agit notamment des conventions d'extradition, dont les infractions à caractère politique sont en général exclues, de même que les infractions fiscales ou militaires (v. *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Extradition*, par P. AYMONT, nos 189 à 214).

volontaire d'une nationalité étrangère fait perdre celle qu'il confère (1). La question est donc de savoir si cette fraude peut être efficace, c'est-à-dire si l'individu peut échapper, par un changement de nationalité, à une obligation que l'Etat faisait peser sur lui, tout en continuant de bénéficier en fait des prérogatives d'un national et notamment du droit de résidence paisible sur le territoire. Dans l'affirmative, on dira que l'intéressé commet une fraude à la loi de droit international. Dans la négative, il convient de s'intéresser aux moyens par lesquels la fraude est sanctionnée (ou prévenue).

285. Que la fraude réalisée au moyen d'un changement de nationalité soit ou non possible, qu'elle soit ou non sanctionnée, elle n'est concevable que si le sujet peut se placer volontairement sous l'empire d'une souveraineté autre que celle dont il dépend. Il faut donc qu'un Etat étranger confère sa nationalité à l'individu qui entend se soustraire dans son pays d'origine aux obligations attachées à la qualité de national. En cette matière comme en toute autre, la fraude de droit international de la part des individus n'est possible que par un abus de souveraineté de la part d'un Etat : ici l'abus dans l'attribution de la nationalité. En accordant sa nationalité avec un libéralisme excessif, un Etat se prête à la fraude aux lois étrangères. Après avoir envisagé dans un premier chapitre la fraude à la loi du for, il conviendra donc de s'intéresser à la question de la fraude à la loi étrangère.

(1) Et en toute hypothèse, le fait pour un individu de se recommander d'une allégeance étrangère peut provoquer une hésitation de l'autorité publique à appliquer des dispositions ne visant que les nationaux.

CHAPITRE I

LA FRAUDE A LA LOI DU FOR

286. De nombreuses dispositions de droit public visent les *nationaux*, soit pour leur imposer une charge (obligations militaires), soit pour leur réserver un bénéfice (accès à certaines professions). D'autres dispositions s'appliquent exclusivement aux *étrangers*, notamment pour réglementer leur entrée et leurs activités sur le territoire. On peut cependant observer que lorsqu'une disposition réserve un bénéfice aux nationaux, elle constitue une réglementation de la condition des étrangers (1). Dans tous les cas, la fraude à la loi est concevable à l'égard de ces dispositions, soit qu'il s'agisse pour les étrangers de se procurer un bénéfice ou d'échapper à une charge particulière, soit qu'il s'agisse pour les nationaux d'échapper à une charge (2). S'agissant d'une fraude de droit international, celle-ci sera réalisée par un changement de nationalité. Cependant, tout changement de nationalité ne doit pas être suspecté de fraude et il importe de rechercher quelle place tient la fraude à la loi dans le droit positif. Pour cela doivent être envisagées successivement les dispositions visant les étrangers et celles visant les nationaux. La question de la fraude se pose différemment à l'égard des unes et des autres, puisque pour celles-ci la fraude sera réalisée par l'acquisition d'une nationalité étrangère, tandis que pour celles-là, elle sera théoriquement réalisée par acquisition de la nationalité du for.

(1) V. *Encycl. Dalloz, Dr. adm.*, V° *Etranger*, n°s 89-125 et 147-151 ; *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Etranger*, par J. MAURY et P. LAGARDE, n° 2.

(2) Il est rare, mais non inconcevable, qu'un national change de nationalité pour bénéficier d'un avantage réservé aux étrangers. Le cas s'est produit à une époque relativement récente, en Turquie, où les sujets ottomans s'efforçaient de changer de nationalité pour bénéficier du régime de faveur reconnu à certains étrangers par les Capitulations ; v. *infra*, n° 339.

SECTION I

DISPOSITIONS VISANT LES ÉTRANGERS

287. La question de la fraude aux dispositions du droit interne visant les étrangers, par un moyen international, doit être distinguée de questions qui n'en relèvent qu'en apparence. On analysera tout d'abord pour les écarter, les hypothèses étrangères à la fraude à la loi de droit international avant d'étudier les cas de fraudes de droit international proprement dites.

**§ 1. — Hypothèses étrangères
à la fraude de droit international**

288. On peut être tenté de rattacher au problème de la fraude à la loi de droit international un certain nombre d'hypothèses qui n'en relèvent pas, soit qu'il s'agisse de fraudes de droit interne, soit que la fraude ne soit pas concevable à l'égard des dispositions considérées.

A. — FRAUDES DE DROIT INTERNE.

289. La fraude à la loi de droit international ne se définit pas par l'*objet* de la réglementation tournée, mais par le *moyen* utilisé, qui consiste à substituer à l'application d'une loi donnée l'application d'une loi étrangère. Par conséquent, toute fraude dirigée contre la réglementation des étrangers ne constitue pas une fraude à la loi de droit international. Lorsque la fraude est réalisée sans changement de nationalité, il s'agit d'une fraude de droit interne, comme le montrent différents exemples empruntés à la réglementation de l'immigration et à celle de l'activité des étrangers.

290. 1) *Admission des étrangers.* — Les lois américaines sur l'immigration prévoient de stricts quotas par nationalité, mais aussi des dérogations en faveur de certaines catégories d'individus. C'est ainsi qu'à la suite de la seconde guerre mondiale, le *War Brides Act* permettait aux épouses étrangères de combattants américains à l'étranger de rentrer aux Etats-Unis sans que les conditions de quota, ni les conditions de délai, leur soient applicables. Un certain nombre de mariages eurent lieu, notamment en France, pour lesquels il était entendu que les intéressés ne vivraient jamais comme mari et femme et se sépareraient sitôt entrés aux Etats-Unis ;

le conjoint américain recevait une somme d'argent pour se prêter à cette opération. Ces fraudes ayant été révélées, des personnes furent poursuivies pour « conspiration contre les Etats-Unis », le délit consistant à tromper les autorités d'immigration sur un élément essentiel, en l'occurrence le contenu du pacte qui liait les « époux », dont la connaissance par ces autorités aurait modifié la décision (1). Dans une affaire *Lutwak v. United States*, les intéressés invoquaient en défense la validité de leur mariage selon la loi française, et selon la loi américaine qui y aurait renvoyé (principe de la *lex loci celebrationis*) (2). Cette validité prétendue fut déclarée sans influence sur la culpabilité des intéressés, l'infraction consistant à cacher aux autorités de l'immigration un facteur qui devait affecter leur décision (3). Hors les cas de guerre, la qualité de conjoint de citoyen américain confère un statut privilégié au regard des lois sur l'immigration. Dans une affaire *United States v. Rubenstein*, une jeune Tchèque dont l'autorisation de séjour aux Etats-Unis allait expirer avait contracté mariage avec un citoyen américain moyennant une somme d'argent, étant entendu qu'ils ne vivraient pas ensemble et divorceraient après six mois. Après avoir soutenu l'incrimination de conspiration, le juge L. Hand affirma dans un *dictum* qu'il n'y avait pas mariage faute de consentement (4). Mais la question résolue était celle de l'applicabilité de la loi pénale et non celle de la validité du mariage, dont la reconnaissance aurait peut-être imposé le recours à l'exception de fraude. Dans une affaire *Rocha v. United States*, enfin, six hommes avaient épousé des Américaines pour pouvoir être admis aux Etats-Unis. Pour chacun de ces couples, il fut établi que le mariage était un faux-semblant, dont il était convenu que l'on y mettrait fin rapidement par un divorce ; les parties s'étaient quittées sitôt entrées aux Etats-Unis, n'avaient jamais vécu ensemble et, dans deux cas, il fut établi que les femmes avaient reçu « des émoluments substantiels ». L'arrêt ne se prononça pas sur la validité des mariages, pour la plupart dissous par le divorce au moment des poursuites, mais cita l'arrêt *Lutwak* aux termes duquel cette question était sans influence sur la culpabilité des personnes poursuivies (5).

291. On peut dégager de ces affaires deux observations importantes. La première est qu'il ne s'agissait pas à proprement parler de fraudes de droit international, les mariages frauduleux n'ayant pas conféré aux étrangers concernés la nationalité américaine. Certes, les droits invoqués par les fraudeurs, c'est-à-dire leur qualité d'époux, leur avaient dans deux cas été conférés par application d'une loi étrangère ; mais ce n'est pas cette intervention d'une loi

(1) 18 U.S.C. § 1325, 1546.

(2) *Infra*, Titre II, p. 324 et s.

(3) 334 US 604 (1948).

(4) 151 F. 2d 915 (2d Circuit, 1945).

(5) 288 F. 2d 545 (9 th Circuit, 1961).

étrangère qui, en tant que telle, permettait la fraude ; au demeurant, dans le troisième cas, le mariage avait eu lieu aux Etats-Unis même. La fraude à la loi de droit international ne se caractérise pas par l'objet de la règle tournée, mais par le moyen utilisé, qui consiste à se réclamer de l'application d'une loi étrangère. Les espèces envisagées sont de même nature que celles qui en droit français interne ont pu donner lieu à l'exception de fraude (1). Elles se caractérisent par l'existence d'une règle impérative, devant laquelle on interpose une règle de l'ordre interne qui lui fait exception, et que les individus ont artificiellement mis en œuvre pour lui échapper. Au point de vue de la sanction, d'autre part, il n'a en aucun cas été fait application de l'exception de fraude ; ce mode de sanction suppose que le juge commence par reconnaître la validité formelle de la situation, sauf à la déclarer irrégulière en raison d'une fraude. Dans les trois arrêts cités, le juge s'est contenté d'affirmer l'applicabilité de la règle méconnue. La technique consiste à délaisser les critères formels invoqués par le demandeur, pour s'attacher à la réalité des choses, eu égard au but visé par la loi impérative. Ces exemples montrent bien comment cette technique permet dans tous les cas de sanctionner une fraude à la loi sans recourir à l'exception de fraude.

292. 2) Activités des étrangers. — Les dispositions réglementant l'activité des étrangers peuvent également être tournées par un procédé juridique sans que l'on soit en présence d'une fraude à la loi de droit international. Soit une loi interdisant aux étrangers d'acquérir de la terre, sauf autorisation administrative. Deux étrangers constituent une société à responsabilité limitée ayant pour objet l'acquisition et la revente de terrains. L'inscription de cette société au Registre du Commerce est refusée, aux motifs que les intéressés ne sauraient se soustraire à la réglementation qui les vise par l'interposition d'une personne morale (2). Il ne s'agit pas ici d'une fraude de droit international, mais d'une fraude de droit interne, réalisée par le recours à la personnalité morale (3).

B. — ABSENCE DE FRAUDE AUX DISPOSITIONS CONSIDÉRÉES.

293. On pourrait rattacher à la question de la fraude à la loi de droit international certaines mesures législatives et réglementaires applicables aux personnes morales constituées sous l'empire de la

(1) V. notamment VIDAL, *op. cit.*, p. 194 et s.

(2) V. Cour suprême de Pologne, 12 nov. 1921, reproduit in STEINER et VAGTS, p. 66.

(3) L'exemple illustre également le caractère quelque peu artificiel de la distinction entre la fraude et la simulation. Il n'y a pas plus de raison, dans l'exemple envisagé, de déclarer la société frauduleuse que de la déclarer simulée.

loi du for, mais qui sont en fait contrôlées par des étrangers (1); il s'agit notamment en temps de guerre des mesures de séquestre et des dispositions concernant le commerce avec l'ennemi, auxquelles on peut associer les décisions judiciaires qui, en l'absence de textes exprès, ont fait appel pour déterminer la nationalité d'une société au critère du contrôle (2). Mais il serait le plus souvent inexact de parler de fraude à la loi en ce domaine, parce que ces textes et ces décisions s'appliquent dans presque tous les cas à des sociétés déjà constituées au moment où sont intervenues les circonstances justifiant le recours au système du contrôle, et non à des sociétés constituées postérieurement. Comme on l'a fait remarquer « (q)uand il s'agit de *vérifier* la nationalité d'une société existante (et non de choisir celle d'une future société), les «abus de la personnalité morale» se manifestent non par des fraudes imputables aux intéressés, mais par un excès de logique formelle chez les juristes : l'assimilation de la personne morale à la personne physique » (3). La lecture des dispositions de loi visant à identifier les « biens ennemis » à travers les personnes morales de droit national illustre cependant la manière dont on peut prévenir, ou réprimer, la fraude sans la nommer, et ce par une rédaction compréhensive des textes (4). Ce faisant, on évite notamment aux tribunaux de recourir à l'exception de fraude, moyen extraordinaire et qui suppose la démonstration d'une intention. S'agissant de questions intéressant directement l'Etat, il n'est pas surprenant que le législateur ait pris soin de rédiger ces textes d'une manière qui ne laisse guère de place à l'interprétation (5).

§ 2. — Fraudes de droit international

294. Une fraude à la loi de droit international de la part d'un individu tentant de se soustraire à une disposition applicable à tous les étrangers, consistera pour celui-ci à acquérir la nationalité *locale* (A). Cependant, à côté des dispositions qui visent les étrangers sans distinction (le plus souvent pour les priver d'un bénéfice ré-

(1) Ces dispositions ne visent pas les sociétés en tant que telles, mais à travers elles, les personnes physiques (en ce sens LOUSSOUARN et BREDIN, n° 263). C'est donc à cette place, et non au titre consacré aux personnes morales, que la question doit être envisagée.

(2) V. par ex. Lyon, 30 mars 1915 et Req., 20 juill. 1915, D.P., 1916.1.44; Paris, 27 févr. 1917, *Clunet*, 1917.1457; Trib. civ. Seine, 22 nov. 1939, *Gaz. Pal.*, 1939.2.338; Trib. civ. Seine, 3 janv. 1940, *Gaz. Pal.*, 1940.1.78. En Angleterre, v. l'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *Daimler* [1916] 2 A.C. 307.

(3) HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. 1, 1954, n° 420, p. 506. D'un point de vue historique, cependant, la remarque méconnaît le degré de préparation par l'Allemagne des deux guerres mondiales; v. *infra*, n° 346.

(4) V. par ex. le décr. du 1^{er} sept. 1939 sur les rapports avec l'ennemi, *Gaz. Pal.*, 1939.2.1286 (notamment les art. 1^{er} et 5).

(5) Sur l'évolution du critère du contrôle pour déterminer la nationalité d'une société, v. LOUSSOUARN et BREDIN, n°s 250 et s.

servé aux nationaux), il en existe qui visent les nationaux de certains pays seulement : en temps de guerre, notamment, pour leur imposer des restrictions particulières ; en période normale, pour leur réserver le bénéfice d'un traité, et notamment d'une convention d'établissement. Les intéressés peuvent chercher à frauder ces dispositions, pour s'y soustraire, dans le premier cas, pour en bénéficier indûment, dans le second, en acquérant la nationalité d'un pays tiers (B).

A. — ACQUISITION DE LA NATIONALITÉ DU FOR.

295. Lorsqu'une disposition de droit interne vise tous les étrangers sans distinction (ou réserve un bénéfice aux nationaux), le seul procédé de droit international permettant d'échapper à cette disposition consiste à acquérir la nationalité locale. Même en présence d'une disposition visant les nationaux de certains pays pour leur imposer une charge particulière (temps de guerre), les personnes intéressées peuvent tenter d'acquérir la nationalité locale, en dépit des circonstances, parce que leur établissement prolongé sur le territoire (ou leur mariage, ou toute autre circonstance de nature à démontrer leur assimilation) peut les qualifier pour l'acquisition de cette nationalité. Dans tous les cas, la question se pose de savoir s'il y a place pour une allégation de fraude à la loi. Pour y répondre on envisagera les différents moyens d'acquérir la nationalité française postérieurement à la naissance. Cela concerne au premier chef la naturalisation, et la réponse négative qui sera donnée à la question posée en examinant ce cas vaudra largement pour les autres modes d'acquisition de la nationalité. Il faudra cependant envisager les cas du mariage, de l'option en faveur de la nationalité française et même celui de la réintégration dans la nationalité française, puisque la jurisprudence offre un exemple de refus de réintégration pour fraude à la loi.

296. 1) *Acquisition de la nationalité du for par naturalisation.* — Il ne paraît guère possible qu'une naturalisation obtenue par un étranger puisse être valablement attaquée pour fraude à la loi du for. L'Etat décidant en toute liberté des conditions de la naturalisation, il lui appartient de faire en sorte que l'assimilation de l'impétrant ne soit plus discutable une fois la naturalisation obtenue. On peut donc penser que l'autorité publique serait mal venue, après avoir accordé la naturalisation, à la retirer ou à la priver d'effets au motif qu'elle n'aurait été recherchée que pour bénéficier indûment d'un avantage réservé aux nationaux, c'est-à-dire pour faire fraude à la loi (1). Cependant, la loi française a prévu des cas

(1) La loi française prévoit un retrait de la nationalisation pour « fraude » (art. 112, C. nat.). Cependant, il ne s'agit pas du type de fraude étudié, mais de celle qui vise à obtenir la naturalisation par des déclarations mensongères (*infra*, n° 333).

de déchéance de la nationalité française, pouvant frapper les naturalisés lorsque par leur comportement ceux-ci démontrent leur défaut de patriotisme (délits contre la sûreté de l'Etat, actes préjudiciables aux intérêts de la France...) (1). Il est vraisemblable que dans ces cas, l'intéressé était effectivement mu par des mobiles frauduleux en sollicitant la nationalité française. Mais en dehors des cas expressément visés par la loi, il ne doit normalement pas y avoir place pour une déchéance de la nationalité pour fraude à la loi (et notamment au moyen de l'exception de fraude); car les déchéances sont de droit étroit et il ne paraît pas permis d'écarter les effets de la naturalisation hors des cas où la loi l'a prévu.

297. Au demeurant, il convient d'observer que c'est fréquemment l'intention d'encourager les naturalisations qui inspire le législateur lorsqu'il réserve tel bénéfice aux nationaux. Tel pourra notamment être le cas dans un pays d'immigration, soucieux d'assimiler rapidement les nouveaux venus. Il appartient alors au législateur d'édicter des conditions à la naturalisation suffisamment bien comprises pour ne bénéficier qu'à des individus dont l'assimilation est effective. Dans ces conditions, on ne saurait voir une fraude à la loi dans un changement d'état qui met le droit en harmonie avec le fait. Bien au contraire, lorsqu'un étranger est établi sur le territoire et qu'il a perdu tout esprit de retour à l'égard de sa patrie d'origine, on peut penser que la situation anormale est celle où il ne demanderait pas, ou ne pourrait obtenir, sa naturalisation. L'ordre international ne peut que bénéficier de ce que la nationalité de droit de chacun corresponde à sa nationalité de fait (2). C'est pourquoi une allégation selon laquelle un changement de nationalité en faveur de la nationalité du for n'a été recherché que pour bénéficier d'un avantage réservé aux nationaux devra normalement être repoussée comme dépourvue de pertinence; le législateur fait même preuve de sagesse en encourageant de cette manière la naturalisation des étrangers assimilés.

298. 2) Acquisition de la nationalité du for par mariage. — « Tout le monde connaît l'histoire de ces mariages blancs abusivement contractés par des femmes étrangères indésirables pour entrer de plain-pied dans une nationalité qui leur aurait été refusée si elles l'avaient demandée par la voie ordinaire de la naturalisation » (3). On a déjà évoqué des exemples de mariages blancs destinés à permettre à une personne d'entrer dans un pays, sans toutefois en

(1) Art. 98, C. nat. ; v. BATIFFOL-LAGARDE, n° 146 ; *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Nationalité*, par P. LAGARDE, nos 553-571.

(2) V. BATIFFOL-LAGARDE, n° 61.

(3) BOULBÈS, *Droit français de la nationalité* (1956), n° 284. V. des exemples, et l'évolution de la législation française pour y parer, in NIBOYET, t. 1 (2^e éd.), n° 224 bis.

acquérir la nationalité (1) ; la fraude est encore plus tentante lorsque le mariage confère de plein droit la nationalité comme c'était le cas en France avant la loi du 9 janvier 1973. Pour cette raison, la législation française avait prévu depuis 1938 la possibilité d'une opposition par décret à l'acquisition de la nationalité française par une étrangère épousant un Français (disposition devenue l'art. 39 C. nat.). Il n'est pas douteux qu'il y avait là un moyen de faire échec à la manœuvre consistant à contracter mariage dans le seul dessein d'acquérir la nationalité (2). Cependant, le législateur, sans doute mu par le souci de ne pas laisser une qualité aussi importante que la nationalité dans l'incertitude, avait enfermé l'exercice du droit d'opposition dans le délai de six mois. Ce délai courait de la célébration du mariage en France, ou de sa transcription, s'il était célébré à l'étranger ; cette dernière précision traduisait encore le souci du législateur de prévenir une fraude à la loi facile, par célébration du mariage avec un Français à l'étranger suivi d'un séjour de six mois précédant l'entrée en France (3). La fraude à la loi demeurerait donc possible, si personne ne soulevait l'irrégularité dans le délai. On peut cependant relever la difficulté de la démontrer ; il faut pratiquement établir l'existence d'une convention prévoyant que les époux ne vivront jamais comme mari et femme et se sépareront rapidement (4). C'était également pour prévenir une fraude facile que la loi disposait que l'étrangère épousant un Français ne devenait pas française si elle avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'assignation à résidence non rapporté (5).

(1) *Supra*, n° 290.

(2) En ce sens, LOUSSOUARN, n° 151. Un autre moyen préventif est constitué par la condition de résidence à laquelle doit satisfaire un étranger pour pouvoir contracter mariage en France ; v. l'Instruction générale sur l'état civil, n° 482 (*Rev. crit.*, 1955.598). En dehors même des cas où une étrangère acquerrait la nationalité française (et l'Instruction vise les étrangers des deux sexes), ce texte prend expressément en considération la difficulté particulière d'expulser un étranger dont le conjoint est français, difficulté qui pourrait inciter certains étrangers au mariage.

(3) En ce sens, BOULBÈS, *op. cit.*, n° 288.

(4) V. les exemples cités *supra*, n° 290.

(5) BOULBÈS, *op. cit.*, n°s 292 et s., 490. V. Paris, 23 mars 1963, *Clunet*, 1964. 96, note Aymond.

On retrouve des dispositions analogues dans la loi du 9 janvier 1973, qui a transformé les effets du mariage sur la nationalité. En effet, si le mariage n'exerce plus aucun effet de plein droit sur la nationalité (art. 37 nouv. C. nat.), il permet au conjoint étranger d'un Français d'acquérir la nationalité française par déclaration (art. 37-1° C. nat.). Le risque de fraude demeure donc et il est même étendu aux hommes. C'est pourquoi un pouvoir d'opposition est prévu ; l'opposition peut être justifiée pour indignité, défaut d'assimilation ou cessation de la communauté de vie entre époux (art. 39 nouv. C. nat.), ce qui s'applique bien à des hypothèses de fraude (rapp. P. LAGARDE, « La rénovation du Code de la nationalité par la loi du 9 janvier 1973 », *Rev. crit.*, 1973.444). Le délai d'opposition a été étendu à un an. Enfin, l'époux étranger ou apatride qui a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion non rapporté est exclu du bénéfice de l'article 37-1° (art. 40 nouv. C. nat.).

299. 3) *Option en faveur de la nationalité du for.* — Il paraît difficile d'envisager qu'une option en faveur de la nationalité du for soit attaquée pour fraude à la loi. Les arguments développés au sujet de la naturalisation sont applicables (1), et ils sont même plus forts, puisque ce sont des circonstances tenant à l'origine de l'intéressé qui lui permettent d'opter en faveur de telle nationalité. Il ne s'agit d'ailleurs pas à proprement parler d'une acquisition de cette nationalité ; l'option s'analyse en une renonciation au droit de répudier la nationalité choisie et il s'agit d'un acte déclaratif. Il ne paraît donc pas possible de l'attaquer pour fraude à la loi.

300. 4) *Réintégration dans la nationalité du for.* — Il peut paraître surprenant que la réintégration dans la nationalité du for soit envisagée comme pouvant être arguée de fraude. Celle-ci n'est cependant pas inconcevable. L'ancien national qui a joui pendant un certain temps d'une nationalité étrangère peut être suffisamment assimilé dans sa seconde patrie pour être estimé poursuivre un but frauduleux en invoquant sa réintégration dans sa nationalité d'origine. La jurisprudence française offre ainsi un exemple intéressant de fraude à une loi visant les étrangers, par réintégration dans la nationalité française. Il s'agissait d'une Française qui, ayant épousé un Allemand en 1912, avait acquis la nationalité de son mari et perdu sa nationalité d'origine. En 1915, ses biens en France furent mis sous séquestre. Les époux obtinrent alors de connivence un jugement du Landgericht de Berlin annulant leur mariage. Puis la femme demanda l'exequatur de cette décision, ainsi que la mainlevée du séquestre, arguant que l'annulation de son mariage effaçait rétroactivement son changement de nationalité. Le tribunal, puis la Cour d'appel, repoussèrent la demande, au motif que le jugement d'annulation n'avait été recherché que pour faire fraude à la loi française (2). Ils relevèrent que ce jugement avait été rendu sans contestation et surtout que les époux avaient constamment vécu ensemble avant et après l'annulation de leur mariage ; le jugement fut donc déclaré inopposable en France. On peut voir dans cette décision une application de l'*exception* de fraude à la loi : la décision ne nie pas que l'annulation du mariage aurait pu avoir pour effet la réintégration de la femme dans la nationalité française, mais cette réintégration est refusée pour fraude. Et si la décision peut ainsi reposer exclusivement sur une intention, c'est parce que celle-ci est objectivement établie par l'attitude du sujet postérieur.

(1) *Supra*, nos 296 et 297.

(2) Paris, 26 déc. 1924, *Clunet*, 1925.129. Dans des circonstances analogues, les tribunaux anglais ont admis la réintégration dans la nationalité anglaise d'anciennes sujettes britanniques qui avaient perdu cette qualité par leur mariage avec des ressortissants d'Etats devenus ennemis. V. *Salvesen v. Administrator of Austrian Property* [1927] A.C. 641 ; *von Lorang v. Administrator of Austrian Property* [1927] A.C. 641. Mais la question ne peut être résolue qu'en fonction de l'attitude des parties dans le cas particulier.

rement à son changement d'état (1). Il est rare que les circonstances se prêtent aussi bien à l'utilisation d'un moyen qui doit être contenu dans des limites étroites.

301. Il est donc tentant pour les étrangers visés par une réglementation restrictive d'acquérir la nationalité locale pour y échapper. Si l'assimilation du sujet est suffisante, il n'y a rien de répréhensible dans ce changement d'état. Comme il ne dépend que du législateur de faire en sorte que les naturalisés et autres personnes acquérant la nationalité du for soient des nationaux *de fait*, on s'explique que la jurisprudence n'ait pratiquement jamais eu à sanctionner une fraude à la loi. Dans une hypothèse où la fraude est prévisible (acquisition de la nationalité par mariage), la loi a pris soin de la prévenir et de la sanctionner. C'est pourquoi dans certains cas, l'étranger désirant se soustraire par un changement de nationalité à une loi impérative qui le gêne s'efforcera d'acquérir la nationalité d'un Etat tiers plus complaisant.

B. — ACQUISITION D'UNE NATIONALITÉ TIERCE.

302. Lorsque la législation d'un pays donné vise les nationaux de *certain*s Etats pour leur imposer une charge particulière, les intéressés qui désirent s'y soustraire sans pour autant changer d'établissement peuvent tenter d'acquérir soit la nationalité du for, soit la nationalité d'un pays tiers. Mais la première voie risque de leur être fermée ; car si l'on édicte des dispositions hostiles aux nationaux de certains Etats, on ne sera sans doute guère disposé à les naturaliser. C'est pourquoi la deuxième voie sera normalement la seule ouverte, dans la mesure où l'intéressé trouve un Etat tiers disposé à lui conférer sa nationalité. S'il y parvient, et si ce changement de nationalité n'est accompagné d'aucun changement dans ses habitudes de vie — notamment dans sa résidence —, les autorités du for peuvent être tentées de qualifier le changement de nationalité de frauduleux. Il ne s'agit pas là d'une hypothèse d'école : une situation très proche donna lieu au Guatemala à un litige finalement porté devant la Cour internationale de Justice (2). A ce stade, c'est l'attitude de l'Etat naturalisant qui était avant tout en cause, et c'est pourquoi cette affaire relève principalement de la question de la fraude à la loi étrangère (3). Mais on peut également illustrer l'hypothèse envisagée par une affaire française de même nature que l'affaire *Nottebohm* et demeurée au plan interne.

(1) *Supra*, n° 187.

(2) *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 4.

(3) *Infra*, n°s 354 et s.

303. A la suite de la première guerre mondiale, les biens du prince Elie de Bourbon-Parme, sujet autrichien vivant en France, avaient été saisis en application de l'article 249 du traité de Saint-Germain, visant les ressortissants des puissances ennemies de la France. Pour demander la mainlevée du séquestre, le prince plaida qu'il n'était pas autrichien, mais soit espagnol, soit heimatlos. On pouvait voir là une tentative de fraude à la loi : d'une part l'intéressé avait rejoint l'armée autrichienne dès le début de la guerre (et s'y était distingué), ce qui le rangeait indiscutablement dans la catégorie des personnes visées par les mesures de séquestre ; d'autre part, il s'était lui-même présenté comme autrichien dans une déclaration de succession faite en France en 1907, ainsi que dans des conclusions prises devant un tribunal français au début de l'année 1914. Le juge repoussa la fraude par une interprétation du traité. Il décida que peu importait la nationalité du requérant, l'expression de « ressortissant » s'appliquant nécessairement aux volontaires étrangers qui, « enrôlés dans les armées d'un Etat belligérant... se sont soumis à sa souveraineté, et à l'application de toutes les lois de la guerre et des mesures qui pourraient en être la conséquence pour les personnes comme pour les biens » (1). Ce raisonnement peut être approuvé, car il évite de se prononcer sur l'application de lois étrangères de nationalité ; au demeurant, il importait peu pour les autorités françaises que le prince fût espagnol, autrichien ou sans nationalité, eu égard à l'application des dispositions considérées. Les lois de droit public peuvent être qualifiées de lois « d'application immédiate », en ce sens que leur applicabilité ne saurait dépendre de l'attitude d'une souveraineté étrangère définissant librement ses nationaux (2). C'est

(1) Trib. civ. Blois (référé), 27 avr. 1921 ; en appel, Orléans, 4 janv. 1922, et sur pourvoi Req., 14 mai 1923, *Clunet*, 1923.904. Sur cette affaire, v. AUDINET, « De la distinction du national et du ressortissant à l'occasion du séquestre et de la liquidation du domaine de Chambord », *Clunet*, 1923.785 (dans l'affaire ultérieure relative à la transmission du Château de Chambord par succession, l'intéressé a été considéré comme autrichien ; v. RABEL, t. 1, p. 195, note 4).

Cette affaire illustre également une thèse avancée dans la théorie générale de la fraude, selon laquelle une tentative de fraude ne consiste pas seulement à créer un faux conflit, mais parfois à exploiter un conflit né spontanément (*supra*, nos 115 et s.) ; ainsi lorsque le sujet peut prétendre à une double nationalité à raison de la naissance, dont l'une ne correspond pas à un lien effectif. Cependant, en matière de nationalité, le faux conflit sera le plus souvent créé, par naturalisation ; ceci justifierait peut-être que l'on soit plus exigeant sur l'effectivité du lien en cas de naturalisation, que quant à la nationalité d'origine.

(2) L'affaire *Nottebohm* (*infra*, n° 355) illustre les mêmes points, en tant qu'il pouvait y avoir fraude à la loi guatémaltèque de la part de l'intéressé (ce que l'on n'entend pas ici préjuger). Pour y parer, la *Ley de Liquidación de Asuntos de Guerra* du 25 mai 1949 visait les étrangers « dont la nationalité au 7 octobre 1938 était celle d'un Etat qui par la suite entra en guerre contre les Alliés » (*C.I.J.*, *M.P.D.*, 1955, vol. 1, p. 14 et 214). La rédaction du texte permettait donc de s'opposer sans interprétation à la fraude consistant à changer de nationalité avant la date visée (elle-même antérieure à celle du début des hostilités). Quant à la détermination des personnes concernées, bien que la loi ait visé les « natio-

pourquoi il n'est guère possible de s'affranchir de telles dispositions par un changement de nationalité. Lorsque le législateur n'a pas édicté de dispositions suffisamment compréhensives, le juge s'efforcera de faire respecter l'autorité de la loi par une interprétation appropriée. Cette conclusion, qui ressort de l'étude du cas, relativement rare, où une disposition de loi impose une charge particulière à certains étrangers, se trouve vérifiée par l'étude des dispositions applicables aux nationaux.

SECTION II

DISPOSITIONS VISANT LES NATIONAUX

304. On rappellera brièvement, pour les préciser, les données théoriques du problème, avant de l'illustrer par des exemples empruntés au droit positif.

A. — DONNÉES THÉORIQUES DU PROBLÈME.

305. Dans chaque pays, un certain nombre de dispositions de droit public s'appliquent expressément aux nationaux. Celles qui leur réservent un *bénéfice* participent en réalité de la réglementation des étrangers. Lorsque la loi vise les nationaux pour leur imposer une *charge*, il est concevable que certaines personnes tentent de s'y soustraire par un changement de nationalité, tout en espérant conserver leurs prérogatives anciennes, et notamment le droit de résidence paisible sur le territoire. Mais si une telle fraude est concevable, elle n'est pas toujours possible. Pour qu'elle le soit, il faut que le sujet puisse s'affranchir de sa qualité de national par une déclaration de volonté. Si l'acquisition d'une nationalité étrangère ne lui fait pas perdre sa nationalité d'origine, il ne lui servira normalement de rien d'exciper d'une nouvelle nationalité; car dans un conflit de nationalités mettant en jeu la nationalité de l'autorité saisie,

naux » de certains pays, elle n'entendait pas s'en remettre sans contrôle aux lois étrangères. Elle prévoyait du reste des exceptions en faveur de personnes comprises dans son champ d'application du fait de leur nationalité, mais qui démontreraient qu'il n'y avait pas d'autre raison de leur appliquer les mesures de confiscation (v. *C.I.J.*, *M.P.D.*, 1955, vol. I, n° 99, p. 544). Inversement, les autorités se réservaient le droit d'appliquer ces mesures à des nationaux de fait des Etats concernés. L'intérêt direct de l'Etat à l'application des dispositions en question explique que par une rédaction compréhensive et par une interprétation extensive on s'oppose à une fraude éventuelle. Dans le cas précis l'attitude des autorités allemandes en matière de nationalité pouvait justifier l'une et l'autre de la part d'un Etat tiers (v. *infra*, n° 346).

Sur ce qu'en matière de séquestre les lois du for s'appliquent sans égard à une autre nationalité alléguée, v. BATIFFOL-LAGARDE, t. 1, p. 69, note (10^{ter}) et p. 88 (note (39)).

c'est en principe celle-ci qui prévaut (1). Cependant, la plupart des législations positives permettent à l'individu de s'affranchir de sa nationalité (2); et le droit international paraît condamner l'allégeance perpétuelle, puisque la Déclaration Universelle des Droits de l'homme dispose en son article 15, alinéa 2, que « (n)ul ne peut être arbitrairement privé... du droit de changer de nationalité ». L'abandon volontaire de la nationalité peut s'accomplir de manière directe ou indirecte. Il s'opère d'une manière directe par une simple renonciation à la nationalité, telle que la prévoit la législation américaine (3); il s'opère de manière indirecte par l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère, comme le prévoit depuis 1804 la législation française, qui toutefois dans son dernier état (loi du 9 janv. 1973) subordonne la perte de la nationalité française dans ce cas à une condition objective, la résidence habituelle à l'étranger (art. 87, nouv. et 94, al. 1 nouv., C. nat.) (4).

306. Il apparaît par conséquent possible qu'un individu parvienne à s'affranchir de ses obligations de national par une déclaration de volonté. Lorsque la perte de la nationalité est subordonnée à l'acquisition d'une nationalité étrangère, il faut encore que le sujet trouve un Etat disposé à l'accueillir comme son national; mais l'expérience indique que certains Etats ne sont pas très regardants dans les conditions d'attribution de leur nationalité. Pourtant, on ne doit pas en conclure que la fraude aux dispositions de droit public visant les nationaux soit aisément réalisable. Il serait en effet surprenant, s'agissant de dispositions de droit public, que

(1) BATIFFOL-LAGARDE, n° 78; v. la Convention de La Haye de 1930 sur les conflits de nationalité, art. 3. Sur l'application du principe en France, v. cependant, *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Impôts*, par J. H. ROTHSTEIN, n° 20.

(2) V. NIBOYET, t. 1, n° 317.

(3) *Immigration and Nationality Act of 1952, as amended* Section 349 (a) (1) (6). Cette renonciation se fait à l'étranger, par une déclaration formelle devant un agent diplomatique ou consulaire. Le renonçant n'a aucune explication à fournir, ni à justifier de l'acquisition d'une nouvelle nationalité. L'effet de la perte de nationalité est immédiat; elle doit être confirmée par le Département d'Etat, mais la confirmation est virtuellement automatique et rétroagit au jour de la déclaration.

(4) Ce second type de disposition a, abstraction faite des modalités qui peuvent en restreindre la portée (telle qu'une autorisation administrative) la supériorité sur la précédente de ne pas engendrer l'apatridie. On peut observer que la Déclaration universelle des Droits de l'Homme parle du droit de *changer* de nationalité et non du droit de renoncer à sa nationalité.

Le droit français a depuis longtemps subordonné la possibilité de s'affranchir de la nationalité par acquisition d'une nationalité étrangère à des conditions visant notamment à parer la fraude aux obligations militaires (*infra*, n°s 318 et s.). Nonobstant celles-ci, la France est tenue par la Convention du Conseil de l'Europe de 1963 sur la réduction des cas de double nationalité (v. *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Nationalité*, par P. LAGARDE, n° 22), d'appliquer envers les Etats membres la règle selon laquelle les majeurs qui acquièrent volontairement une nationalité étrangère perdent leur nationalité antérieure et ne peuvent être autorisés à la conserver.

l'Etat remette ainsi indirectement l'application de dispositions impératives à la volonté individuelle. Il est au contraire à prévoir que tous les moyens de la technique juridique seront mis en œuvre pour s'opposer à la fraude à la loi par changement de nationalité. En ce qui concerne en premier lieu l'abandon de la nationalité du for, on peut tout en autorisant celui-ci en principe, subordonner ses effets à un *contrôle administratif* visant à s'assurer que le sujet a satisfait à certaines obligations. En second lieu, le *législateur* peut prévoir un champ d'application suffisamment large aux dispositions qu'il édicte pour atteindre les étrangers, même s'agissant d'obligations qui ne devraient normalement peser que sur les nationaux. Enfin le *juge* pourra le cas échéant s'opposer à ce qu'il estime être une fraude, soit par une interprétation extensive des textes, soit même par l'exception de fraude à la loi. Il faut cependant observer que ces moyens sont les plus délicats à mettre en œuvre, car un grand nombre de dispositions de droit public imposant une charge sont d'interprétation étroite ; il en est notamment ainsi des dispositions de droit pénal et de droit fiscal. Cependant, une étude de droit positif indique que ces différents moyens sont effectivement à la disposition des autorités publiques pour prévenir et sanctionner la fraude à la loi.

B. — ILLUSTRATION PAR LE DROIT POSITIF.

307. Les dispositions de droit public visant les nationaux pour leur imposer une charge sont essentiellement de droit administratif (notamment les lois sur le recrutement de l'armée), de droit fiscal et de droit pénal. En France, la qualité de national fonde également la compétence des tribunaux judiciaires à l'encontre du Français défendeur (art. 15, C. civ.) (1). Dans tous les cas, il est concevable qu'un sujet tente de se soustraire à ses obligations par un changement de nationalité. Mais une brève étude de droit positif indique que le législateur prend en général soin de prévenir la fraude, dans tous les cas où l'Etat a un intérêt direct à l'application de la loi, c'est-à-dire dans les matières de droit public proprement dit ; en ce qui concerne la compétence des tribunaux français, c'est le juge qui s'est opposé à une fraude ne lésant pas les intérêts immédiats de l'Etat.

308. 1) *Abandon de la nationalité française en vue de se soustraire à la compétence des tribunaux français.* — La jurisprudence offre quelques exemples d'affaires dans lesquelles le défendeur, qui avait

(1) Sur la conception « publiciste » de la compétence internationale et la doctrine du juge naturel, v. D. HOLLEAUX, *op. cit.*, n° 201 et s. ; HUDAULT, « Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l'Ancien Droit français », *Rev. crit.*, 1972.27 et s., 249 et s.

été Français, soulevait l'incompétence des tribunaux français parce qu'il avait acquis une nationalité étrangère. Cependant, l'argument n'a jamais été accueilli. Du reste, le changement de nationalité eût-il été déclaré efficace sur le terrain de l'article 15 du Code civil, il n'aurait pu faire échec à la compétence fondée sur l'article 14, chaque fois que le demandeur était français (1). Quoiqu'il en soit, les décisions ne mentionnent pas ces deux textes ; elles n'en sont pas moins intéressantes à évoquer parce qu'elles montrent comment le juge peut s'opposer à ce qu'il estime être une fraude, soit par l'exception de fraude, soit par une interprétation appropriée de la loi.

309. Dans une affaire *de Ramondec*, un mari français avait obtenu la nationalité suisse, puis le divorce, au mépris de la loi française. A une action en séparation de corps ultérieurement intentée par sa femme en France, il opposa en premier lieu l'incompétence des tribunaux français en vertu du traité franco-suisse de 1869. Cet argument fut repoussé au motif que la naturalisation n'avait été recherchée que pour faire fraude à la loi (2). On peut voir dans cette décision un exemple de l'utilisation de l'exception de fraude, encore que la décision se fonde également sur l'interprétation de la loi française et les droits acquis de la femme à un mariage indissoluble (3).

310. Dans une affaire *Abel*, une demande en dation de conseil judiciaire pour prodigalité avait été intentée devant le tribunal de la Seine. L'intéressé, qui résidait depuis plusieurs années en Angleterre où il poursuivait ses études, obtint la nationalité anglaise. Il invoqua alors l'incompétence des juridictions françaises (4). Les

(1) On aurait pu envisager à la Section précédente, l'*acquisition* de la nationalité française par un étranger dans le but de saisir les tribunaux français sur le fondement de l'art. 14 C. civ. L'hypothèse n'a cependant pas été mentionnée parce que les recueils de jurisprudence ne paraissent pas offrir d'exemple où une naturalisation en France ait été attaquée pour fraude *sur le terrain de la compétence judiciaire*. De fait, une naturalisation opérée dans le but de se placer sous l'empire de la loi française tendrait à l'application de la loi française *de fond*, et c'est sur ce terrain que le débat s'est toujours placé (*infra*, nos 334 et s.).

L'hypothèse selon laquelle un étranger acquerrait la nationalité française pour saisir les tribunaux français, sans que ceci entraînât l'application de la loi française mais parce que la règle de conflit française donnerait compétence à une loi étrangère qui lui est favorable, apparaît comme une hypothèse d'école. En revanche, on a vu des étrangers demandeurs tenter d'établir un *domicile* en France pour saisir les tribunaux français, et leur tentative repoussée ; v. Trib. civ. Seine, 15 janv. 1913, *Clunet*, 1913.1227, et surtout Paris, 10 nov. 1959, *Dawm Addams*, préc. Dans ces cas, le demandeur espère effectivement tirer parti du règlement français de conflit, et en particulier d'une acceptation libérale du renvoi (Trib. civ. Seine, 15 janv. 1913, préc.).

(2) Civ., 19 juill. 1875, S., 1876.1.289, note Labbé ; *supra*, n° 183.

(3) V. *supra*, n° 203.

(4) Non pas, semble-t-il sur le terrain procédural, mais au motif que la loi anglaise ne connaît pas l'institution du conseil judiciaire ; cette précision n'affecte

juges repoussèrent l'argument, au motif qu'en sollicitant la nationalité anglaise, « le prodigue avait eu pour but de se soustraire à l'instance régulièrement introduite contre lui », ce qui revient à opposer la fraude sans la nommer (1). A cet égard, si l'on comprend que les juges aient relevé la coïncidence entre le changement de nationalité et l'instance introduite, on peut cependant remarquer qu'il n'est peut-être pas opportun de fonder la solution sur la fraude. Car en refusant de donner effet à la naturalisation anglaise, on implique que l'intéressé est demeuré français, donc que la naturalisation a été accordée légèrement. En l'occurrence, la loi anglaise exigeait une résidence de cinq ans, ce qui est précisément la durée du délai actuellement fixé par la loi française. Puisque l'intéressé vivait depuis cinq ans en Angleterre, il n'était pas choquant de le voir acquérir la nationalité anglaise. Mieux vaut réserver la sanction de la fraude en tant que telle pour les cas de *faux conflit*. Dans l'espèce ici examinée, on aurait par exemple pu tenter de fonder l'application de la loi française sur le statut réel, pour la gestion des biens de l'intéressé.

311. Dans une affaire *François de Bourbon c/ de Bari*, un Français, Italien d'origine, avait reconnu un enfant naturel ; or à l'époque de la conception de l'enfant, l'auteur de la reconnaissance était dans sa douzième année. Aussi des collatéraux intentèrent-ils une action en contestation de reconnaissance. Le défendeur renonça alors à la nationalité française et obtint la réintégration dans la nationalité italienne, puis il invoqua l'incompétence des tribunaux français. Successivement, le tribunal de la Seine, puis la Cour de Paris, lui donnèrent raison, en précisant toutefois qu'il n'était pas démontré que la naturalisation ait été obtenue en fraude de la loi ou des droits d'autrui (2). L'arrêt de la Cour de Paris fut cassé, les juges ayant trouvé le moyen de sanctionner un comportement estimé suspect sans s'embarrasser de questions de preuve délicates. Ils déclarèrent que « le changement dans la condition du défendeur, survenu au cours de la procédure, ne dessaisit pas le juge régulièrement saisi, sauf les cas où la loi en aurait autrement disposé » (3). Par conséquent, il devenait inutile d'invoquer l'exception

pas la portée de l'exemple (Sur l'incompétence possible en raison de l'applicabilité d'une loi étrangère, v. BAUER, *op. cit.*, n^{os} 12 et s.).

L'espèce illustre encore qu'une fraude (alléguée) ne consiste pas seulement à créer un faux conflit, mais aussi à *utiliser* un conflit né antérieurement à l'intention de se soustraire à la loi (*supra*, n^{os} 115 et s.).

(1) Trib. civ. Seine, 8 mars 1884, et Paris, 26 juin 1884, *Clunet*, 1884.637 ; comp. Trib. civ. Seine, 31 déc. 1910, D., 1911.5.11.

(2) Triv. civ. Seine, 3 mai 1888, *Clunet*, 1888.790 ; Paris, 21 févr. 1889, *Clunet*, 1889.303.

(3) Civ., 4 févr. 1891, *Clunet*, 1891.171, D., 1891.1.113, S., 1891.1.449, note Maynial. En concluant à la cassation, l'avocat général s'était étonné de ce que la Cour d'appel se soit refusée à relever une intention de fraude. Evoquant les arrêts où la naturalisation de Français à l'étranger dans le but de divorcer avaient

de fraude, puisque le changement de nationalité, sans doute inspiré par le désir de se soustraire à la compétence des juges français, était impuissant à produire le résultat désiré. On est ici en présence de ce qu'un auteur a appelé une « fraude impossible » (1), et que l'on a préféré ici appeler une fraude inefficace ; pour ne pas avoir à recourir à l'exception de fraude, il suffit d'interpréter la loi de manière telle qu'elle s'applique à la situation considérée (2).

312. L'argument selon lequel le changement de nationalité du Français défendeur en cours d'instance n'a pas pour effet de dessaisir le tribunal fut également retenu par les juridictions inférieures dans les affaires où une femme avait acquis une nationalité étrangère par mariage (3). Cependant, dans une espèce où il ne semblait pas que le mariage eût été inspiré par cette fin, le tribunal précisa que, s'il demeurait compétent, l'intéressée pouvait demander qu'il lui soit fait application de son nouveau statut personnel sur le fond du procès (4). Ces exemples montrent comment le juge, selon que le comportement des parties lui paraît ou non frauduleux, pourra s'opposer ou non aux effets du changement de nationalité sur la compétence des tribunaux français. Lorsqu'il s'y oppose, il ne le fait pas nécessairement en s'appuyant sur une intention de fraude ; une interprétation appropriée de la loi suffit.

313. 2) *La fraude par changement de nationalité et le droit pénal.* — La fraude à la loi par changement de nationalité est concevable à l'égard d'une infraction qui ne peut être commise que par un national. Encore faut-il que les mêmes agissements ne soient pas réprimés sous une autre qualification lorsqu'ils sont le fait d'un étranger, ou encore que le juge ne puisse pas interpréter la loi de façon à rendre le changement de nationalité inefficace pour l'application de la loi. Ces propositions peuvent être illustrées par l'exemple d'une infraction sans doute universelle et dont la définition vise parfois formellement les nationaux : celle de trahison.

314. Les articles 70, 71, et 72 du Code pénal disposent que la trahison est le fait d'un citoyen ou d'un sujet français (5). Il ne

été déclarées inopposables (*supra*, n° 183), il avait déclaré : « Il n'est pas plus permis de faire fraude à la loi pour changer de juge que pour changer de femme » (D., 1891.1.115).

L'argument selon lequel le changement de nationalité était inefficace parce que le juge était définitivement saisi par l'assignation fut repris sur renvoi (Orléans, 16 mars 1892, D., 1892.2.190), puis par Rouen, 25 mars 1903, et Req., 9 janv. 1906, D., 1906.1.35 (même affaire).

(1) VIDAL, *op. cit.*, p. 155 et 255.

(2) *Supra*, n° 204.

(3) Lyon, 6 mars 1889, *Clunet*, 1889.456 ; Trib. civ. Seine, 12 mars 1920, *Clunet*, 1920.209.

(4) Lyon, 6 mars 1889, *préc.*

(5) VOUIN, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 1953, n° 508 ; *Rép. Dall. dr. crim.*, V° *Atteintes à la sûreté de l'Etat*, par J. B. HERZOG, n° 12.

paraît cependant pas possible de se soustraire à l'application de la loi par un changement de nationalité. Une personne poursuivie viendrait-elle à abandonner la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère (1), il serait facile de lui opposer que les conditions de l'infraction s'apprécient au moment des faits (2). Le changement de nationalité serait-il antérieur aux faits, que l'on pourrait songer à l'exception de fraude à la loi. Mais les principes de légalité et d'interprétation restrictive qui dominent le droit pénal rendent le recours à ce procédé particulièrement inopportun dans ce domaine (le lien entre l'exception de fraude à la loi et l'interprétation des textes apparaît ici clairement). En fait, ce recours serait presque certainement inutile, le crime d'*espionnage* incriminant à peu près les mêmes agissements que celui de trahison lorsqu'ils sont le fait d'un étranger (art. 73 C. pén.) (3). Un changement de nationalité opéré en vue de ces actes n'aurait donc pour effet que de changer la qualification de l'infraction, la peine encourue étant la même. Dans certains pays où n'est pas prévue une incrimination distincte pour les étrangers, il semble que l'on s'opposerait aux effets d'un changement de nationalité par l'interprétation du texte unique. Ainsi aux Etats-Unis, où le délit de trahison, prévu par la Constitution elle-même (art. III, Sect. 3) et par une loi de 1790, est le fait de toute personne « devant allégeance » aux Etats-Unis, on considère que les étrangers en séjour sur le territoire sont tenus des mêmes devoirs que les nationaux, en vertu d'une « allégeance locale » (4). Ainsi, l'interprétation des textes rend inutile le recours à l'exception de fraude.

315. 3) La fraude par changement de nationalité et le droit fiscal. — Dans la plupart des pays, le fondement de l'imposition des personnes physiques est, sous une dénomination quelconque, la résidence (5).

(1) Sur les obstacles à l'abandon de la nationalité française, v. art. 37, C. nat. (loi du 9 janv. 1973); sur le régime antérieur, v. BATIFFOL-LAGARDE, n° 136.

(2) De la même manière, un étranger faisant l'objet en France d'une procédure d'extradition ne pourrait s'y soustraire en acquérant la nationalité française; l'art. 5-1° de la loi du 10 mars 1927 dispose expressément que la qualité de Français s'apprécie au moment de l'infraction.

En droit pénal interne, encore, pour l'application de l'art. 380 C. pén., un mariage postérieur à l'infraction ne saurait faire bénéficier l'intéressé de l'immunité familiale; v. les décisions citées par VOUIN, *op. cit.*, 3^e éd., 1971, t. 1, n° 41.

(3) Sur les différences entre les deux infractions, v. *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Atteintes à la sûreté de l'Etat*, par G. LEVASSEUR et A. DECOCQ, n° 7.

(4) Une autre disposition américaine, le *Logan Act* (18 U.S.C. § 953) incrimine le fait pour un citoyen américain de s'entremettre auprès d'un gouvernement étranger à l'occasion d'un différend entre ce gouvernement et celui des Etats-Unis. A ce jour, le *Logan Act*, adopté en 1799 après qu'un nommé Logan se soit entremis spontanément auprès du Gouvernement français, n'a donné lieu qu'à une poursuite, non suivie de condamnation. V. VAGTS, « The Logan Act : Paper Tiger or Sleeping Giant », 60 *Am. J. of. Int. L.*, 268 (1966), et notamment p. 281, sur la condition de nationalité.

(5) En France, v. l'art. 4, al. 1 C.G.I.

On sait qu'en pareil cas, il n'y a pratiquement pas place pour une fraude à la loi de droit international (1). Il est certes possible de transférer sa résidence d'un pays à l'autre pour bénéficier d'une fiscalité plus légère, mais il ne s'agit pas là d'une fraude du moment que le transfert est effectif. Pour qu'il y ait fraude, il faudrait que les autorités du for acceptent comme déterminante la simple déclaration de l'individu selon laquelle il a transféré sa résidence dans un pays étranger ; si tel n'est pas le cas, il ne dépend que des mêmes autorités de veiller à l'exécution des lois dans leur ressort. Et pour que la fraude fût de droit international, il faudrait que les autorités du for s'inclinent devant une déclaration d'admission à domicile (ou à résidence) émanant des autorités étrangères (2). Dans tous les cas, il n'est guère vraisemblable que les autorités fiscales se laissent ainsi abuser. Pratiquement, une rédaction précise et compréhensive des textes prévient la fraude.

316. Cependant, certaines dispositions fiscales distinguent selon que le contribuable est étranger ou national et réservent une faveur à l'étranger (3). Ainsi en France, l'article 164-1 du Code général des impôts dispose que : « Les contribuables de nationalité étrangère qui ont leur domicile en France sont imposables conformément aux règles édictées par les articles 156 à 163 *ter*. Toutefois, sont exclus du revenu imposable de ces contribuables les revenus de source étrangère à raison desquels les intéressés justifient avoir été soumis à un impôt personnel sur le revenu global dans le pays d'où ils sont originaires ». Il s'agit là d'une mesure de bonne volonté destinée à éviter une double imposition. On peut alors envisager qu'un Français qui a des revenus importants dans un pays n'ayant pas signé de convention avec la France, imposant ses nationaux sur leur revenu mondial global, et dont la fiscalité est plus légère, prenne la nationalité de ce pays pour bénéficier de l'exonération en France. Le cas s'est peut-être produit. Mais il ne s'agirait pas à proprement parler de fraude à la loi. En effet, si ce contribuable a des revenus importants dans le pays dont il acquiert la nationalité, il entretient vraisemblablement avec ce pays des liens suffisants pour justifier qu'il en adopte la nationalité. On serait alors en présence d'un *vrai conflit*, exclusif de la fraude à la loi, et face auquel le sujet exerce légitimement dans son meilleur intérêt les choix dont il dispose.

317. Dans certains pays, d'autre part, la nationalité est le fondement premier de l'imposition des personnes physiques. Il en est ainsi aux Etats-Unis, où en vertu des articles 1, 61 et 63 de l'*Internal Revenue Code* les citoyens américains sont passibles de l'impôt amé-

(1) *Supra*, n° 283.

(2) *Supra*, n° 128.

(3) Les conventions internationales ne peuvent être envisagées dans le cadre de la présente étude. Au demeurant, aucun traité récent ne repose sur la nationalité, si ce n'est pour exclure la discrimination.

ricain sur leur revenu, en quelque endroit qu'ils habitent. La fraude à la loi par changement de nationalité est dans ce cas concevable. Pour la combattre, le *Foreign Investor Tax Act* de 1966 (*Internal Revenue Code*, art. 877) prévoit que demeurent passibles de l'impôt américain pendant dix années les personnes qui abandonnent la citoyenneté américaine, s'il apparaît que cette expatriation a eu « pour un de ses motifs principaux l'évasion fiscale » (1). C'est au contribuable qu'il appartient d'apporter la preuve, face à une allégation de fraude émanant du *Commissioner of Internal Revenue*, que le changement de nationalité n'a pas eu pour but d'échapper à l'impôt sur le revenu américain (2). Une telle mesure crée une sorte d'allégeance, sinon perpétuelle, du moins prolongée, qui devra être justifiée par des considérations sérieuses. Pratiquement, pour que les mesures d'exécution soient possibles, il faudra que l'intéressé ait conservé des intérêts importants aux Etats-Unis ; dans ces conditions, la mesure s'analyse en une obligation de demeurer fidèle à la nationalité du pays dont on retire des revenus importants (3) (4).

318. 4) Le changement de nationalité et les lois sur le recrutement de l'armée. — L'obligation au service militaire est la plus astreignante de celles imposées aux nationaux, et de tout temps les individus ont tenté de s'y soustraire par un changement de nationalité. Mais du point de vue de l'Etat, les nécessités de la défense nationale, ainsi que le principe de l'égalité devant les charges publiques, imposent en ce domaine une vigilance particulière à l'encontre de la fraude. Celle-ci consisterait de la part d'un individu à demeurer sur le territoire après avoir changé de nationalité, et même peut-être à demander la réintégration dans son ancienne nationalité passé l'âge de la conscription (5). Il n'est pas surprenant que les Etats où

(1) V. STEINER et VAGTS, p. 981. Un telle disposition atténue considérablement le libéralisme manifesté quant à la répudiation de la nationalité américaine (*supra*, note (3), p. 236).

(2) La différence peut être sensible. En tant que citoyen américain, le contribuable est imposé à un taux pouvant aller jusqu'à 70 % (à quoi s'ajoute une surtaxe de 10 %) sur son revenu net ; l'étranger non résident n'est imposé qu'à la source (revenu brut), à un taux maximum de 30 % (chiffres de 1969).

(3) Les mesures d'application (*Regulations*) prévues par les textes n'avaient pas été prises en 1969. Si le texte venait à être appliqué, il est vraisemblable que sa constitutionnalité serait attaquée (le fardeau de la preuve pesant sur le contribuable le prive peut-être du *due proces of law* garanti par le V^e Amendement).

(4) La loi française paraît connaître une mesure comparable relative à la résidence, en ce qui concerne le remboursement aux associés d'une fraction de l'impôt sur les sociétés payés par les sociétés distributrices (avoir fiscal) ; les associés non domiciliés en France sont en effet, sauf convention internationale, exclus du bénéfice de cette disposition (loi du 12 juill. 1965, D., 1965.L.228 ; v. ROTHSTEIN, *Rép. Dall. dr. int.*, V^e *Impôts*, n° 44). Cette mesure s'oppose à la fraude consistant de la part d'un résident français à percevoir les dividendes de l'étranger.

(5) Il convient de rappeler que s'il s'expatrie, en changeant ou non de nationalité, le sujet ne commet pas une véritable fraude à la loi ; car il se soustrait largement à l'empire que la loi peut légitimement exercer sur lui. Ceci suppose cependant qu'il ne se prévale plus à aucun titre de sa nationalité.

celle-ci est en vigueur aient pris leurs précautions contre une telle manœuvre, comme le montre une brève évocation de la réglementation française. Dans un premier temps, le législateur n'avait pas prévu la possibilité de fraude par changement de nationalité qu'ouvrait la rédaction des lois, et la jurisprudence s'est trouvée embarrassée pour sanctionner les abus ; le législateur a réagi en édictant un contrôle à l'abandon volontaire de la nationalité française, qui a emprunté successivement diverses formes.

319. L'article 17 du *Code civil*, dans la rédaction de 1804, disposait : « La qualité de Français se perdra : 1° par la naturalisation acquise en pays étranger... » Une autorisation était prévue, dont le défaut était sanctionné lourdement, mais il ne s'agissait là, que d'une disposition pénale et la naturalisation sans autorisation emportait ses effets civils (1). Il n'était donc pas rare de voir des individus désireux de se soustraire aux obligations militaires changer de nationalité à l'approche de la conscription, fût-ce avec l'intention de réintégrer ultérieurement la nationalité française (2). Un moyen possible de priver d'effet cette manœuvre était l'exception de fraude à la loi ; un autre consistait à interpréter extensivement les lois sur le recrutement militaire ou à interpréter restrictivement les dispositions concernant la perte de la nationalité française. C'est ce dernier parti que retint la Cour de cassation dans un arrêt de 1874, en décidant par interprétation de l'article 17-1° du Code civil que le changement de nationalité n'était pas possible tant que l'intéressé n'avait pas satisfait à ses obligations militaires (3). C'était mener le combat contre la fraude, mais on pouvait reprocher à cette décision d'ajouter au texte une condition qui n'y figurait pas (4). L'étude de la théorie générale de la fraude a cependant montré que la seule manière pour l'autorité de lutter contre un abus (et l'acquisition d'une nationalité étrangère en était un dans la mesure où elle n'était pas accompagnée d'un changement d'établissement) est de commettre elle-même un abus, au moins formel ; ajouter à un texte une condition qui n'y figure pas en est un, mais recourir à l'exception de fraude en est un autre puisque ce moyen n'est pas prévu par les textes. L'exception de fraude fut réservée par la Cour de cassation dans une affaire ultérieure, où un préfet tentait d'incorporer dans l'armée française un individu naturalisé : « Attendu que d'après les faits de la cause souverainement appréciés par le tribunal et la Cour, la demande de naturalisation dont il s'agit était exempte de toute pensée de fraude vis-à-vis de la loi française et n'avait aucunement pour but de soustraire A... à l'obligation du service mili-

(1) V. NIBOYET, t. 1, n° 320 ; BATIFFOL-LAGARDE, n° 136, note (67).

(2) V. DESBOIS, *op. cit.*, p. 237.

(3) Civ., 19 août 1874, S., 1875.1.52.

(4) En ce sens, DESBOIS, *op. cit.*, p. 239.

taire (1). Quel que soit le meilleur moyen de *sanctionner* la fraude, celle-ci n'était possible, comme en matière de divorce à la même époque, que parce que l'on remettait indirectement l'application de dispositions impératives à une déclaration de volonté des assujettis, en leur permettant de renoncer à la nationalité française (2). Il parut plus commode de *prévenir* la fraude, en contrôlant la renonciation à la nationalité française ; ce fut l'objet d'une loi de 1889.

320. La loi du 26 juin 1889 ajouta à l'article 17-1^o du Code civil un alinéa ainsi libellé : « S'il est encore soumis aux obligations du service militaire pour l'armée active, la naturalisation [de l'intéressé] à l'étranger ne fera perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le Gouvernement français (3). Cette disposition fut par la suite fréquemment modifiée, jusqu'à aboutir au régime du Code de la nationalité de 1945 (4). Selon ce régime, tandis que l'article 87 du Code de la nationalité disposait que la nationalité française se perdait par l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère, l'article 88 soumettait cette dernière à une autorisation préalable du Gouvernement français. Le Code de 1945 fixait l'exigence d'une autorisation à un délai de quinze ans à partir « soit de l'incorporation dans l'armée active, soit de l'inscription sur les tableaux de recensement en cas de dispense du service actif ». L'économie de la mesure indiquait suffisamment son but. Auparavant, un décret-loi du 9 novembre 1940 avait institué l'inopposabilité intégrale d'une naturalisation étrangère sauf autorisation, « pour un Français du sexe masculin de moins de cinquante ans ». Ce maintien forcé dans la nationalité française « était encore dicté par les nécessités de la défense nationale » (5). Ce régime prit fin en 1951, puis fut remis en vigueur par une loi du 9 avril 1954, dans un but entièrement différent. Il s'agissait de maintenir dans la nationalité française des individus obligés, pour occuper certaines fonctions à l'étranger, de solliciter une nationalité étrangère. et que la France désirait conserver sous son allégeance. Dans ces conditions, il suffisait au naturalisé de ne pas solliciter l'autorisation pour être toujours considéré

(1) Civ., 26 févr. 1890, S., 1893.1.126 (cité par VIDAL, *op. cit.*, p. 257). Dans un arrêt de la Cour de Chambéry, un ancien Français naturalisé suisse exposait, quarante années après son changement de nationalité, que celui-ci n'avait été opéré que pour échapper au service militaire ; bien que cette franchise tardive ait été dictée par le désir de se soustraire à un arrêté d'expulsion, la Cour accéda à sa demande, sans lui opposer la règle *Nemo auditur* : Chambéry, 21 mai 1905, *Clunet*, 1908.2.312. On peut voir là une manifestation de l'effet réparateur de temps sur la fraude.

(2) *Supra*, n^{os} 181 et s.

(3) V. NIBOYET, t. 1, n^{os} 320 et s. ; BOULBÈS, *op. cit.*, n^{os} 612 et s. ; BATIFFOL-LAGARDE, n^o 136 ; VIDAL, *op. cit.*, p. 256.

(4) Sur l'évolution de la législation entre 1889 et 1945, v. BOULBÈS, *op. cit.*, n^{os} 602 à 608.

(5) BOULBÈS, *Trav. com. fr.*, 1955-57, p. 78.

comme Français. Mais l'autorisation répondait désormais à des préoccupations hétérogènes (1).

321. Ce régime complexe et manifestement empirique a été modifié par la loi du 9 janvier 1973 portant réforme du Code de la nationalité (2). La préoccupation de maintenir Français des individus contraints d'acquérir une nationalité étrangère est assurée par la subordination de la perte de la nationalité à une déclaration de renonciation (art. 87 nouv. C. nat.). Celle de faire échec à la fraude en général se traduit par l'exigence d'une résidence habituelle à l'étranger pour perdre la nationalité française par acquisition volontaire d'une nationalité étrangère (même texte). Enfin la fraude au « service national » est spécifiquement prévenue par le refus de la déclaration de renonciation prévue à l'article 87 aux Français du sexe masculin de moins de trente-cinq ans qui n'auraient pas satisfait à leurs obligations de service actif ou n'en auraient pas été dispensés ou exemptés (art. 89 et 94 al. 2 nouv. C. nat.) (3).

322. L'évolution de la législation française est donc particulièrement évocatrice, puisque ses trois étapes principales illustrent différentes techniques permettant de s'opposer à la fraude : l'exception de fraude, la subordination de la perte de la nationalité à une

(1) Ceci conduisait notamment à se demander si la règle ne s'appliquait pas désormais aux femmes (BATIFFOL-LAGARDE, n° 136). On pouvait également se demander si l'autorisation aurait pu être refusée à un Français de moins de cinquante ans et dégagé des obligations militaires au motif, déclaré ou non, que la naturalisation à l'étranger était recherchée pour échapper à d'autres obligations imposées par la loi française. On pouvait enfin se demander, encore que la question eut été largement théorique, si l'autorisation une fois accordée, on aurait pu revenir par la suite sur la perte de la nationalité française par l'exception de fraude à la loi. Sous le régime antérieur à 1889, un auteur répondait par l'affirmative, disant que l'autorisation du Gouvernement ne pouvait constituer un certificat d'honnêteté et de bonne foi (COHENDY, note sous Rouen, 6 avr. 1887, D., 1889.2.17); mais l'autorisation prévue à l'époque était d'un esprit différent de celle instaurée en 1889. La même réponse fut cependant donnée à propos de l'autorisation prévue par la loi de 1889 (DESBOIS, *op. cit.*, p. 240, note 1), mais l'opinion contraire fut également exprimée (BOULBÈS, *op. cit.*, n° 621).

(2) V. P. LAGARDE, « La rénovation du Code de la Nationalité par la loi du 9 janvier 1973 », *Rev. crit.*, 1973.431, n° 21.

(3) La renonciation à la nationalité française, prévue par l'art. 91 C. nat. et ouverte aux mineurs aussi bien qu'aux majeurs, demeure soumise à autorisation du Gouvernement, ce qui prévient également les abus possibles.

Dans le cas où un optant répudiait la nationalité française, l'art. 31 anc. C. nat. imposait à l'intéressé d'établir qu'il avait accompli ses obligations militaires dans le pays dont il choisissait la nationalité; on pouvait voir dans cette disposition le souci de prévenir non seulement une fraude à la loi française (en ce sens, BOULBÈS, *op. cit.*, n° 234), mais aussi une fraude à la loi étrangère (BATIFFOL-LAGARDE, n° 108). V. aujourd'hui art. 38 Code du Service national.

On relève également un cas de prévention de la fraude par voie d'accord diplomatique : v. la déclaration franco-monégasque citée par BATIFFOL-LAGARDE n° 136, note (68); ce texte est peut-être dirigé contre la fraude fiscale autant que contre la fraude aux obligations militaires.

autorisation préalable et l'interdiction pure et simple de s'affranchir de la nationalité tant que l'on est soumis aux obligations à exécuter (assortie à l'impossibilité de perdre sa nationalité si l'on ne réside pas habituellement à l'étranger). Il existe encore un moyen de paralyser la fraude, voisin des précédents, et consistant à soumettre expressément les étrangers résidant en permanence sur le territoire aux obligations concernées (1). Les deux procédés plus généraux de sanction d'une fraude de droit international qui ont été identifiés dans la théorie générale sont ainsi illustrés : l'exception de fraude et l'application « immédiate » de la loi. S'agissant d'obligations de droit public, il n'est pas surprenant que le premier ait rapidement fait place au second, par une rédaction appropriée des textes, qui prévient toute fraude. On remarque cependant que ces mesures ont pour effet d'étendre formellement la compétence de l'Etat d'une manière regrettable, en exposant à faire peser des obligations sur des individus qui ne sont pas en fait rattachés à la souveraineté par des liens prépondérants. Une justification possible de la part de l'Etat est que ces mesures ont été rendues nécessaires par la fraude des particuliers. Et l'on sait que cette fraude n'est elle-même rendue possible que par les abus de souveraineté commis par d'autres Etats, facilitant la fraude à la loi étrangère.

(1) Tel était le cas aux Etats-Unis à l'époque où existait la conscription. Aux termes de l'art. 3 du *Military Selective Service Act* de 1967 étaient incorporables non seulement les citoyens américains mais les étrangers admis aux Etats-Unis « en vue d'une résidence permanente ». Dans un pays traditionnellement d'immigration, une telle disposition ne s'explique pas nécessairement par le désir de prévenir la fraude. Mais on relève par ailleurs qu'aux termes de l'art. 212 (a) (22) de l'*Immigration and Nationality Act* de 1952, sont inéligibles pour recevoir un visa d'admission aux Etats-Unis les individus qui ont quitté les Etats-Unis, ou sont demeurés hors des Etats-Unis, pour éviter le service dans les forces armées. Bien que dans le cas d'un refus de visa la charge de la preuve des faits allégués incombe à l'Administration, il semble que cette mesure maintienne à ce jour en dehors des Etats-Unis un grand nombre d'intéressés.

CHAPITRE II

LA FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE

323. Un état se prête à la fraude à la loi étrangère en conférant sa *nationalité* à un individu que des liens manifestement plus étroits rattachent à un Etat étranger. Car si dans ce dernier la loi dispose que la possession d'une nationalité étrangère est incompatible avec la qualité de national, le sujet pourra éventuellement échapper aux obligations pesant sur les nationaux tout en demeurant sur le territoire. Ce faisant, il commettra une fraude à la loi de droit international, rendue possible parce qu'un Etat exerce abusivement sa compétence, tandis qu'un autre s'efforce de promouvoir un ordre international en prévenant les cas de double nationalité. Il n'y a pas d'équivalent à cette situation dans le cas où le fondement des obligations de droit public est le *domicile*. L'Etat qui accueille sur son territoire un individu soumis à une contrainte de droit public dans un pays étranger ne commet pas un véritable abus de souveraineté. Dans certains cas, le droit qu'il exerce constitue même un remède salubre contre une violation du droit des gens commise par l'Etat étranger. En particulier, le problème que pose le droit d'asile n'est que de distinguer les cas dans lesquels il peut légitimement être supprimé par une convention d'extradition (infractions de droit commun), de ceux où le droit international devrait s'opposer à ce qu'il soit écarté (infractions politiques) (1). Devant la carence du droit international dans la protection des individus, il y a là un domaine où, paradoxalement, les cloisonnements de la société internationale constituent la meilleure garantie contre les violations du droit des gens.

324. Par conséquent, la fraude au statut personnel de droit public par un moyen international n'est théoriquement possible que parce qu'un Etat attribue abusivement sa nationalité, permettant ainsi éventuellement à un individu d'échapper dans un pays

(1) V. la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, art. 14. En France, l'art. 5 de la loi du 10 mars 1927 dispose en son article 5 : « L'extradition n'est pas accordée : ... 2° Lorsque le crime ou délit a un caractère politique ou lorsqu'il résulte des circonstances que l'extradition est demandée dans un but politique ».

étranger à une obligation que l'Etat prétend légitimement lui imposer. L'étude de la fraude à la loi étrangère consiste donc à rechercher dans quelle mesure un Etat donné prend soin, dans l'attribution de sa nationalité, de s'assurer de l'existence d'un lien effectif et prépondérant, et dans quelle mesure il accueille une allégation de fraude à la loi étrangère. Cependant, l'attribution de sa nationalité par un Etat à un individu nonobstant l'existence d'un lien plus étroit rattachant celui-ci à un Etat étranger peut se trouver discutée dans un Etat tiers, et l'on parlera alors parfois de « fraude à la loi étrangère ». En cette matière comme en toute autre, cette expression désigne donc deux situations bien distinctes. S'agissant de la nationalité, il convient d'envisager successivement la fraude à la loi étrangère par attribution de la nationalité du for et la fraude à la loi étrangère par attribution d'une nationalité tierce.

SECTION I

LA FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE PAR ATTRIBUTION DE LA NATIONALITÉ DU FOR

325. Des conditions plus ou moins libérales qu'édicte un Etat à l'attribution de sa nationalité dépendent les facilités plus ou moins grandes qu'il offre aux particuliers désireux d'échapper à une obligation imposée par une loi étrangère et attachée à la nationalité. Il est cependant permis de penser que ce facteur n'est guère pris en considération par les Etats lorsqu'ils réglementent l'attribution de leur nationalité ; il n'est même pas sûr que le lien entre l'attribution de sa nationalité par un Etat et la fraude à la loi de droit international soit perçu. Mais il se trouve qu'en ce domaine les Etats font le plus souvent preuve de raison en dehors de toute préoccupation altruiste, car il n'est pas normalement de leur intérêt de s'attacher comme nationaux des individus qui ne leur sont pas liés par un rattachement effectif et prépondérant (1).

326. Par ailleurs, tous les modes d'acquisition d'une nationalité ne se prêtent pas également à la fraude aux lois étrangères. Une distinction s'impose à cet égard, selon que la nationalité est acquise à la naissance ou postérieurement à la naissance. L'attribution de la nationalité postérieurement à la naissance se prête particulièrement à une fraude à la loi, puisque celle-ci consiste le plus souvent

(1) On a relevé en France une corrélation entre les dispositions visant à accroître le nombre des nationaux et celles qui traduisent une méfiance à l'encontre des Français de fraîche date (BATIFFOL-LAGARDE, n^{os} 85 et 86).

de la part d'un particulier à *créer* un faux conflit par un acte volontaire ; or le changement de nationalité est le type même de la création d'un conflit. C'est pourquoi il convient d'examiner en détail la question de la fraude à la loi étrangère par acquisition de la nationalité du for postérieurement à la naissance (§ 1). Cependant la fraude à la loi de droit international ne consiste pas dans tous les cas pour un particulier à créer un faux conflit ; dans certains cas, le faux conflit est né spontanément, indépendamment d'une manifestation de volonté du sujet, et celui-ci se borne à tenter d'exploiter le conflit en invoquant l'application de celle des lois dont le titre à s'appliquer est manifestement moindre. En matière de nationalité, un Etat multiple les cas de faux conflit en attribuant sa nationalité à raison de l'origine avec un libéralisme excessif ; il crée ainsi une possibilité pour des individus qui ne sont pas en fait ses nationaux de se prévaloir d'une nationalité simplement formelle, au détriment d'une loi étrangère qui prétend légitimement s'appliquer à eux. C'est pourquoi il convient également d'envisager les possibilités de fraude aux lois étrangères que peut ouvrir l'attribution de la nationalité à raison de l'origine (§ 2). L'étude portera principalement sur la législation française, sauf à emprunter des exemples au droit comparé.

§ 1. — Attribution de la nationalité postérieurement à la naissance

327. — Sous l'empire du Code de la nationalité de 1945, la nationalité française s'acquerrait postérieurement à la naissance de différentes manières : pour toutes personnes, par la naturalisation ; pour les mineurs, par la légitimation et l'adoption plénière (loi du 11 juill. 1966, art. 5) ; pour les femmes, par le mariage avec un Français. La loi du 9 janvier 1973, en supprimant toute distinction entre l'enfant légitime et naturel, a éliminé l'hypothèse de la légitimation ; celle-ci ne paraissait pas avoir jamais été arguée de fraude du point de vue ici envisagé. La loi de 1973 a également supprimé tout effet de plein droit du mariage sur la nationalité (art. 37 nouv. C. nat.), suivant en cela les dispositions d'une Convention conclue en 1957 sous les auspices des Nations-Unies et relative à la nationalité de la femme mariée (1). Mais le mariage avec un conjoint français permet aux individus des deux sexes d'acquérir la nationalité française par déclaration. A ces cas, l'on peut joindre ceux dans lesquels l'individu qui jouit d'une double nationalité dispose d'une option en faveur de la nationalité française. Cependant, tous

(1) V. le rapport à l'Assemblée nationale de M. Foyer, au nom de la Commission des lois (n° 2545), t. 1, p. 35.

ne se prêtent pas à la fraude à la loi étrangère, et parmi ceux qui s'y prêtent, on peut encore distinguer selon les possibilités offertes.

328. Le cas de l'*adoption plénière* peut être écarté d'entrée; la jurisprudence ne paraît pas offrir d'exemple d'une allégation de fraude à la loi de droit international par ce moyen, et elle n'est guère vraisemblable. L'*option* en faveur de la nationalité française peut être envisagée, parce qu'il existe au moins un exemple d'allégation de fraude dans ce cas. Le *mariage* se prête incontestablement à une fraude par changement de nationalité. Ce procédé n'est pas le plus commode, car il nécessite l'intervention d'un complice, qui pourra hésiter à s'engager pour cette fin dans un acte aussi grave. Il est cependant arrivé que des époux demandent l'annulation de leur mariage en alléguant qu'il avait été contracté sans intention matrimoniale et pour permettre à l'un d'eux (pratiquement la femme) de changer de nationalité. Enfin, la *naturalisation* constitue un procédé de choix pour la fraude à la loi de droit international : contrairement aux précédents, sa finalité même est le changement de nationalité; par ailleurs, il ne requiert pas la participation d'un complice et le demandeur ne se heurte en principe à aucun intérêt privé antagoniste. L'essentiel de l'étude sera donc consacré à la naturalisation; le mariage, et l'option en faveur de la nationalité du for, seront envisagés à la suite. La plupart des arrêts ont trait à des questions de droit privé; mais c'était toujours la validité du changement de nationalité face à une allégation de fraude qui était discutée.

A. — LA NATURALISATION ET LA FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE.

329. Les articles 61 à 71 du Code de la nationalité fixent les conditions préalables à la naturalisation en France. Certaines de ces conditions sont à peu près indifférentes pour ce qui a trait à la fraude à la loi étrangère, d'autres sont importantes. Au nombre des premières figure la condition d'*âge* (1). La condition de *moralité* n'a que peu à voir avec la fraude ici envisagée. La condition d'*assimilation* est importante, mais elle se confond largement, en tant qu'obstacle à une naturalisation rapide, avec la condition de stage; car il est normalement difficile d'être assimilé à la population d'un Etat sans avoir fait un séjour d'une certaine durée sur son territoire (2). C'est donc cette condition de *stage* qui peut et doit cons-

(1) Encore que la fixation d'un âge assez élevé empêcherait les fraudes au service militaire; mais ce facteur n'est pas pris en considération. En France, c'est la considération du service militaire *national* qui a suggéré l'âge assez bas de dix-huit ans (v. BATIFFOL-LAGARDE, n° 113).

(2) L'observation doit cependant être nuancée en cas de communauté de langue. La loi du 9 janvier 1973 a précisément supprimé la condition de stage pour la personne « qui appartient à l'entité culturelle et linguistique française

tituer l'obstacle normal à une naturalisation sans lien suffisant. Le fraudeur cherche par hypothèse à créer un faux conflit. Si la condition de stage est longue, il renoncera à rechercher la nationalité du for. Ou alors s'il y satisfait en raison d'une résidence antérieure, le conflit est un vrai conflit, et quelle que soit l'attitude de l'intéressé postérieurement à la naturalisation (et même s'il retourne dans son pays d'origine), on ne peut plus tout-à-fait parler de fraude (1). Aussi est-ce la condition de stage qui doit être principalement envisagée en relation avec la fraude à la loi étrangère. Cependant, il convient de ne pas se limiter aux conditions élevées par la loi positive. On peut également envisager celles qui pourraient être édictées si l'on avait pour souci de prévenir la fraude à la loi étrangère et qui ne figurent pas dans la loi. A ce titre, il convient d'évoquer le contrôle des mobiles de la naturalisation et la perte de la nationalité étrangère, afin notamment de rechercher si l'absence de ces conditions, inconnues du droit français, est de nature à favoriser la fraude à la loi étrangère.

330. 1) *La condition de stage.* — Il est élémentaire d'exiger de celui qui postule la nationalité d'un Etat une certaine résidence sur le territoire de cet Etat, et l'on peut penser que toutes les législations édictent une condition de cet ordre (2); car c'est l'intérêt même de l'Etat de ne pas admettre dans la nationalité des individus non assimilés, ou insuffisamment assimilés, et la meilleure garantie d'assimilation se trouve dans une résidence d'un certain temps. Quant à la durée précise de celle-ci, les législations varient, et la fixation en est nécessairement arbitraire (3). En France, elle est de cinq ans précédant le dépôt de la demande (art. 62 C. nat.) (4); elle pourrait être moindre sans pour autant que le lien de l'impétrant soit insuffisant (5). En revanche, on peut estimer qu'il est un seuil au-dessous duquel la condition ne serait pas sérieuse; la loi qui n'exigerait pas une résidence continue d'au moins un an, par exemple, appellerait la fraude aux lois étrangères. Comme ce n'est pas normalement l'intérêt d'un Etat d'accorder sa nationalité au tout-venant, il est probable qu'aucune législation n'édicte une condition aussi libérale.

lorsqu'elle est ressortissante de territoires ou Etats dont la langue officielle ou l'une des langues officielles est le français et lorsque le français est sa langue maternelle » (art. 64-1° nouv. C. nat.).

(1) V. l'affaire *Abel*, *supra*, n° 310.

(2) V. JONES, 5 *Int. and Comp. L.Q.* 236 (1956).

(3) La Cour internationale Justice a observé, dans l'arrêt *Nottebohm*, que la variété des conditions démographiques dans chaque pays n'a pas permis un accord général international sur la nationalité (*C.I.J.*, *Rec.* 1955, p. 23). L'observation vaut pour les conditions de la naturalisation.

(4) V. BOULBÈS, *op. cit.*, n° 444.

(5) La loi de 1973 a maintenu ce délai après que le Sénat ait voté sa réduction à deux ans.

331. Cependant, il est un double moyen de favoriser les naturalisations rapides de manière plus discrète et plus sélective. Le premier consiste à apprécier « libéralement » la condition de résidence habituelle, ce qui sera d'autant plus facile de la part de l'autorité publique qu'il n'existe pas de contradicteur privé en matière de naturalisation. Le second, plus apparent, consiste à prévoir dans la loi même des réductions ou des dispenses de stage, comme le fait la loi française (1). Tout dépend alors de la pratique suivie ; mais il n'est pas douteux qu'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'autorité qui décide de l'attribution de la nationalité, ou l'imprécision des conditions de la dispense de stage, peuvent favoriser les naturalisations sans lien suffisant (2).

332. 2) *Le contrôle des mobiles de la naturalisation.* — Si l'autorité publique se préoccupait, en fixant les conditions de la naturalisation, de prévenir la fraude aux lois étrangères, elle pourrait s'intéresser aux mobiles de l'impétrant. Mais l'on voit mal comment contrôler ces mobiles *a priori* ; à supposer que l'intéressé n'agisse que dans le dessein de faire fraude à une loi étrangère, c'est-à-dire de se prévaloir de sa nouvelle nationalité soit dans son pays d'origine, soit dans un pays tiers, c'est surtout son comportement ultérieur qui apportera la preuve de ce mobile. Dans la législation française, le contrôle de moralité prévu par l'article 68 du Code de la nationalité ne traduit nullement un souci de prévention de la fraude à la loi étrangère. L'article 14 du décret du 2 novembre 1945 précise que l'enquête qui précède la naturalisation porte sur la moralité, la conduite et le loyalisme du postulant, ainsi que sur l'intérêt de l'octroi de la faveur sollicitée au point de vue national (3). Il n'y a là rien qui permette de déceler, ou autorise à prendre en considération à ce titre, un mobile de fraude à la loi étrangère. C'est la condition de stage, condition objective, qui doit décourager les demandes de naturalisations inspirées par la fraude (4). Mais rien non plus n'empêcherait l'autorité administrative de rejeter une demande de naturalisation s'il lui apparaissait que l'intéressé ne recherche la nationalité française que pour s'en prévaloir dans un pays tiers afin

(1) Sur le régime des réductions et dispenses de stage, v. BATIFFOL-LAGARDE, nos 114 et 115 ; sur les réformes apportées par la loi de 1973 en ce qui concerne les cas de dispense et de réduction, v. P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 32.

(2) Ainsi la loi du Liechtenstein, mise en cause dans l'affaire *Nottebohm*, imposait un séjour de trois ans préalable à toute naturalisation, mais prévoyait une dispense « à titre d'exception et dans des circonstances méritant une considération spéciale » (v. *C.I.J.*, *M.P.D.*, 1955, vol. I, p. 243).

(3) V. BOULBES, *op. cit.*, n° 435.

(4) Dans une plaidoirie devant la Cour internationale de Justice à l'occasion de l'affaire *Nottebohm*, on fit observer que les motifs d'une naturalisation ne sont nulle part pris en considération pour l'octroi de celle-ci (*C.I.J.*, *M.P.D.*, 1955, vol. II, p. 350). Mais cela n'interdit pas de s'opposer à la fraude par d'autres conditions et l'absence de contrôle des motifs ne signifie pas que la compétence internationale de l'Etat soit discrétionnaire (comp. op. diss. Read, *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 46).

d'échapper à une obligation quelconque. Dans ce cas, les mobiles ne viendraient pas à être discutés, puisqu'une décision de rejet de la demande n'a pas à être motivée (art. 110 nouv. C. nat.) et ne peut donc faire l'objet sur ce point d'un recours devant les tribunaux administratifs (1).

333. On pourrait envisager que les mobiles de la naturalisation soient discutés une fois la naturalisation obtenue, à l'occasion d'une action devant le juge administratif tendant à faire rapporter la naturalisation. La loi prévoit trois cas de rapport de la naturalisation et l'un de ceux-ci est précisément la « fraude » (art. 112 C. nat.). Mais la fraude dont il est question dans ce texte n'est pas la fraude de droit international; c'est celle qui consisterait à obtenir la naturalisation par des manœuvres tendant à persuader l'autorité publique que l'impétrant remplit les conditions requises; ces agissements sont du reste sanctionnés pénalement (art. 113 C. nat.) (2). Ce serait une violation de la loi que d'utiliser ce texte pour sanctionner une fraude de droit international à l'encontre d'une loi étrangère (3). On pourrait en revanche envisager que les tribunaux administratifs acceptent de leur propre autorité et par voie d'exception, de priver d'effets une naturalisation pour fraude à la loi étrangère, mais cette hypothèse paraît peu vraisemblable. Le juge s'arrogerait là un droit que les textes ne lui reconnaissent pas et il est encore moins probable qu'il le fasse pour le motif de fraude à une loi étrangère. Cette jurisprudence serait en outre de nature à ouvrir la voie à des procès douteux; pourraient en effet alléguer une fraude, parfois de nombreuses années après la naturalisation, soit des tiers mal intentionnés, soit l'intéressé maintenant désireux d'échapper à un statut qui lui pèse. Enfin, il y a lieu de rappeler qu'un changement de nationalité est toujours motivé par le désir d'échapper à quelque inconvénient tenant à l'extranéité et le désir corrélatif de bénéficier des avantages attachés à la qua-

(1) On ne doit pas confondre la décision de *rejet* de la demande, qui se fonde sur le pouvoir discrétionnaire du gouvernement (anc. art. 116 C. nat.), avec la décision d'*irrecevabilité*, qui doit être motivée (anc. art. 115 C. nat.) parce qu'elle se fonde sur ce que l'intéressé ne remplit pas les conditions légales; v. NIBOYET, t. 1, n° 251; BOULBÈS, *op. cit.*, n° 912; BATIFFOL-LAGARDE, n°s 116 et 117.

(2) V. BOULBÈS, *op. cit.*, n°s 884 et s.; BATIFFOL-LAGARDE, n° 117; C.E., 12 avr. 1935, *Rec. Lebon*, p. 520.

(3) V. cependant NIBOYET, t. 1, n° 249. Un motif d'un arrêt de la Cour de Paris pourrait prêter à équivoque, alors que le principe ne devrait pas faire de doute. Un Espagnol naturalisé français ayant demandé le divorce, les premiers juges avaient ordonné la comparaison personnelle des parties afin de s'assurer que la naturalisation n'avait pas eu pour but de se soustraire à la loi espagnole (fraude à la loi de droit international). En infirmant cette décision, la Cour énonça qu'un décret de naturalisation s'imposait à tous et produisait tous ces effets « sous réserve d'irrégularité ou de fraude » (Paris, 12 déc. 1963, *Martin*, *Cltunet*, 1965.122, note J.-D. B.); la fraude dont il est ici question n'est pas celle qui avait inquiété les premiers juges (fraude à la loi espagnole), mais celle de l'art. 112 C. nat.

lité de national ; il n'y a là rien que de légitime, du moment que l'intéressé remplit les conditions prévues par la loi (1).

334. Cependant, si les mobiles d'une naturalisation en France ne paraissent pas susceptibles d'être discutés devant le juge administratif, ils l'ont été à plusieurs reprises devant le juge judiciaire. Ce qui est en cause dans ce cas n'est pas directement l'acte de naturalisation, mais les effets que le sujet entend lui faire produire quant à son statut personnel de droit privé. Pratiquement, il s'agit toujours d'une demande en divorce présentée par un ancien national, devenu français, d'un pays dont la législation n'admet pas le divorce ; le défendeur, qui a conservé la nationalité d'origine des époux, soutient que la naturalisation n'a été recherchée que pour faire fraude à la loi étrangère. Laissant de côté la question de la loi applicable au divorce et celle du conflit mobile, il convient d'examiner ici les réponses données par la jurisprudence relativement à la naturalisation (2).

335. Quelques décisions anciennes ont refusé de faire droit à la demande en divorce de l'époux naturalisé (3). Mais plutôt que de se placer sur le terrain de la naturalisation et de se mettre en contradiction avec l'autorité administrative, ce à quoi ils ne sont pas enclins pour des raisons historiques connues, les tribunaux déclarèrent que le conjoint resté étranger avait un droit acquis à un mariage indissoluble. Cependant, un motif en cache souvent un autre. Ainsi le tribunal civil d'Aix rejeta la demande en divorce d'une Italienne naturalisée française en se fondant sur les droits acquis du mari, mais non sans avoir affirmé au préalable que le tribunal avait le droit de rechercher si la naturalisation avait été obtenue « non pour ses fins naturelles, mais uniquement pour écarter les dispositions de la loi compétente », puis relevé que la demanderesse s'était « empressée » de demander le divorce sitôt obtenu le décret de naturalisation et affirmé enfin que « le tribunal pourrait, sur ce seul motif, refuser de tenir compte de la naturalisation ainsi obtenue » (4). Ces motifs paraissent indiquer que le tribunal n'aurait pas hésité à recourir à l'exception de fraude à la loi s'il n'avait trouvé un autre moyen de fonder le rejet de la demande (ainsi peut-être dans le cas où les deux époux auraient changé de nationalité et

(1) *Supra*, n° 297.

(2) Si la question ne s'est jamais trouvée posée en matière de droit public, c'est parce que la « victime » de la fraude par naturalisation abusive serait l'Etat étranger, qui agirait alors par la voie diplomatique ; v. en matière d'attribution de la nationalité d'origine, le différend entre la Grande-Bretagne et la France à propos des décrets marocains et tunisiens (avis du 7 févr. 1923, C.P.J.I., Série B, n° 4 ; *Clunet*, 1923.430).

(3) Alger, 27 janv. 1892, *Clunet*, 1892.662 (et les deux décisions citées) ; Trib. civ. Aix, 23 janv. 1928, *Clunet*, 1928.1195.

(4) Trib. civ. Aix, 23 janv. 1928, préc.

demanderaient le divorce ; mais alors il faudrait relever la fraude d'office) (1). Il s'agit cependant là d'une décision isolée. De nombreuses décisions, dont certaines émanent de la Cour de cassation, ont refusé de prendre en considération une allégation de fraude à la loi étrangère à l'encontre d'une naturalisation en France (2). Ces décisions sont en général fondées sur le motif qu'il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de critiquer l'acte administratif qu'est la naturalisation (3). C'est de cette jurisprudence, et notamment du trop célèbre arrêt *Mancini*, que l'on a parfois induit à tort que la fraude à la loi étrangère n'est pas prise en considération par le droit français (4).

336. L'argument invoqué par les tribunaux a été critiqué en ce qu'il ne s'agirait pas pour ces tribunaux d'annuler la naturalisation arguée de fraude, ce qui serait effectivement du ressort des tribunaux administratifs (à supposer qu'il y eût une cause de rapport), mais simplement de la déclarer inopposable. C'est du reste ce que firent les tribunaux français lorsqu'ils sanctionnèrent les naturalisations de Français à l'étranger en fraude de la loi française (5). Il suffirait donc, si le tribunal estimait qu'il y a une fraude à sanctionner, de repousser la demande en divorce formée par le naturalisé, sans pour autant mettre à néant le décret de naturalisation (6). La critique est pertinente, en ce qui concerne la valeur de l'argument invoqué par les tribunaux ; mais cette discussion masque le véritable problème, qui est un problème de fond ; il s'agit de savoir si une naturalisation doit pouvoir être critiquée pour fraude à la loi étrangère. A cet égard, différentes considérations autorisent à penser que les tribunaux n'ont pas lieu de s'arrêter à cet argument. Il n'est pas logique d'envisager que le fait de solliciter la nationalité du for pour bénéficier d'une prérogative quelconque (que ce soit la possi-

(1) Une tentative plus récente dans ce sens a été découragée (Paris, 12 déc. 1963, *Martin*, préc.). L'évolution récente ne paraît pas dans le sens du respect de la loi étrangère, comme en témoigne notamment l'arrêt *Bisbal* (*supra*, n° 230) rendu dans une espèce où des époux espagnols n'avaient pas pris la peine de demander la nationalité française.

(2) Trib. civ. Tunis, 21 mars 1892, *Clunet*, 1892.933 ; Trib. civ. Seine, 18 juin 1896, Alger, 19 févr. 1896, Alger, 13 déc. 1897, D.P., 1901.2.77 ; Civ., 7 mai 1928, S., 1929.1.9, note Niboyet (qui estime la solution inélégante, eu égard à la jurisprudence de *Beauffremont*, sanctionnant une fraude à la loi française) ; Civ., 5 févr. 1929, *Mancini*, S., 1930.1.81, note Audinet ; Paris, 12 déc. 1963, *Clunet*, 1965.122, note J.-D. B.

En Belgique v. Bruxelles, 31 déc. 1877, *Clunet*, 1878.513 (refus de prendre en considération une allégation de fraude à la loi française).

(3) V. notamment Civ., 6 juill. 1922, *Ferrari*, et Civ., 5 févr. 1929, *Mancini*, préc. ; *adde* : Req., 1^{er} avr. 1930, *Clunet*, 1931.385.

(4) *Supra*, n° 11 et 241.

(5) *Supra*, n° 184 et 199 ; v. NIBOYET, t. 3, n° 1090 ; BATIFFOL-LAGARDE, n° 375.

(6) En ce sens, AUDINET, note au S., 1930.1.81 ; NIBOYET, t. 1, n° 249 ; VIDAL, *op. cit.*, p. 92 ; BREDIN, note au *Clunet*, 1965.122 ; SPITERI, *op. cit.*, p. 43.

bilité de divorcer ou toute autre) puisse en soi constituer une fraude : ce n'en sera une que si le naturalisé ne se comporte pas comme un national, une fois la naturalisation obtenue. On ne peut donc approuver le Tribunal civil d'Aix d'avoir affirmé que le fait pour une femme de s'être « empressée » de demander le divorce aussitôt après avoir obtenu la nationalité française pouvait fonder le tribunal à ne pas tenir compte de la naturalisation « ainsi obtenue » (1). On sait qu'un individu qui change de nationalité agit toujours ainsi pour bénéficier de quelque façon de son nouveau statut et que c'est parfois dans le but d'encourager les naturalisations que le législateur réserve certaines prérogatives de droit public aux nationaux (2). L'autorité publique n'a pas davantage intérêt à ce qu'il y ait deux catégories de sujets pour l'application des lois de droit privé (3). Un individu doit pouvoir vivre selon les lois du milieu où il est établi ; qu'un étranger installé en France et ayant perdu tout esprit de retour à l'égard de sa patrie d'origine, attende pour demander la naturalisation d'y être poussé par le désir de bénéficier de telle disposition applicable aux nationaux ne paraît pas devoir altérer son droit. Il n'y a pas lieu de parler de fraude à la loi lorsque le droit est mis en accord avec les faits. Une naturalisation n'a rien d'illicite en soi, fût-elle recherchée pour échapper à l'application d'une loi étrangère (4). D'autre part, nul ne doit être astreint à l'allégeance perpétuelle. La seule question qui importe est donc que la naturalisation ne soit accordée qu'à des individus devenus des nationaux de fait.

337. Or cette préoccupation est normalement celle du législateur, lorsqu'il édicte les conditions de la naturalisation. C'est à lui de faire en sorte de ne pas se prêter à la fraude aux lois étrangères. Une telle fraude est consommée si un naturalisé déduit immédiatement les conséquences de son nouveau statut dans le ressort de la loi qui s'appliquait antérieurement à lui (5). Comme il n'existe

(1) Trib. civ. Aix, 23 janv. 1928, préc.

(2) *Supra*, n° 297.

(3) La loi du 9 janvier 1973 a réduit les incapacités frappant les naturalisés, incapacités que la commission des lois de l'Assemblée nationale avait proposé de supprimer : « L'égalité civile, principe constitutionnel, commande... de le faire. Entre les citoyens, les incapacités, qui sont attentatoires à l'égalité civile, ne peuvent qu'être appliquées à titre de sanction ou être instituées pour la protection des incapables » (FOYER, rapport préc., p. 16).

(4) « Les tribunaux belges ne sauraient trouver répréhensible et frauduleux le fait d'un étranger qui adopterait la Belgique pour patrie afin de se placer sous l'empire d'une loi que ses tribunaux doivent estimer meilleure que celle à laquelle il renonce » (Bruxelles, 31 déc. 1877, préc.) ; « Il n'est pas défendu à un étranger de rechercher la nationalité française pour venir se mettre sous la protection des institutions établies par le législateur français, et pour profiter des principes d'équité et de justice dont ces institutions sont inspirées » (Trib. civ. Tunis, 21 mars 1892, préc.). Dans le cas particulier du divorce, il y a cependant lieu de tenir compte des intérêts du conjoint qui aurait contracté un mariage indissoluble.

(5) *Supra*, I^{re} Partie, Chap. II, p. 103 et s.

aucun moyen de s'assurer avec certitude de la conduite future d'un individu, on ne peut que présumer celle-ci à partir de sa conduite passée. Et à cet égard il appartient au législateur de fixer une condition de stage telle que puisse être raisonnablement présumée la perte de l'esprit de retour. D'autres conditions interviennent dans la fixation du délai, qui imposent que celui-ci ne soit pas non plus trop long. Il y a donc un équilibre à réaliser, que le législateur apprécie en fixant la condition de résidence ; lorsque cette condition est remplie, il n'est pas souhaitable que le juge remette en question un élément de l'état aussi important que la nationalité, en refusant de laisser produire effet au décret de naturalisation. Ce n'est pas seulement la séparation des pouvoirs entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative qui est en cause, mais la séparation entre l'autorité judiciaire et l'autorité législative.

338. Il n'est pas pour autant inconcevable que certains individus doués de patience, ou plus vraisemblablement bénéficiant d'une réduction ou d'une dispense de stage, tirent parti de la nationalité du for tout en continuant de se comporter à certains égards — et notamment par la résidence — comme des nationaux de leur patrie d'origine (1). C'est dans ce cas aux autorités étrangères qu'il appartiendra de réagir de la manière appropriée. Comme l'a affirmé le Tribunal civil de Tunis dans un jugement ancien, en réponse à une allégation de fraude à la loi italienne, « cette question pourrait être examinée en Italie si le divorce une fois prononcé, le sieur A... allait s'y présenter devant un officier d'état civil pour contracter mariage » (2). On pourrait objecter que cette attitude se prête à la naissance d'un statut « divisible », ou « boiteux », le sujet ayant un état différent dans l'un et l'autre pays ; mais outre que les situations de vrai conflit ne peuvent être éliminées, c'est l'intéressé qui risque de souffrir des effets d'une telle situation et c'est à lui qu'il appartient de les éviter en rompant effectivement avec la souveraineté dont il a répudié la loi.

339. 3) *La perte de la nationalité étrangère.* — On pourrait envisager que la naturalisation d'un individu soit subordonnée à la perte de sa nationalité antérieure ; cette mesure empêcherait que naissent des cas de double nationalité. Mais en revanche, un Etat n'a guère de raison de subordonner sa politique d'assimilation des immigrants à telle législation étrangère qui maintiendrait abusivement sa nationalité (3). Aussi la pratique internationale est-elle en sens contraire (4). D'autre part, une législation étrangère

(1) V. l'hypothèse envisagée *supra*, note (2), p. 111.

(2) Trib. civ. Tunis, 21 mars 1892, préc.

(3) « (Un Etat) agissant dans la sphère de sa souveraineté, ne peut... subordonner à l'agrément d'un pays étranger les naturalisations qu'il concède », NIBOYET, t. 1, n° 248 ; v. également LOUSSOUARN, n° 87 *in fine*.

(4) BATIFFOL-LAGARDE, n° 72.

subordonnant le changement de nationalité de ses nationaux à une autorisation ne sera normalement pas respectée par les tribunaux. Toutefois, l'existence d'une telle législation doit avoir pour effet d'attirer l'attention des autorités locales sur une fraude peut-être répandue chez les nationaux de l'Etat qui l'édicte. Ainsi une loi turque du 19 janvier 1869 disposait que la naturalisation d'un sujet ottoman non autorisée par le gouvernement impérial serait considérée comme non avenue. Cette mesure avait pour but de lutter contre la fraude consistant, de la part de sujets ottomans, à se faire naturaliser pour bénéficier en Turquie même du régime de faveur accordé aux étrangers par les Capitulations (1). Ce souci était légitime. Dans une affaire soumise à la Cour d'Aix au début du siècle se trouvait posée la question de la loi applicable à la succession d'un Turc naturalisé français sans avoir obtenu l'autorisation de son gouvernement; la Cour se prononça pour l'application de la loi française (2). Cependant, la Cour ne se fonda pas uniquement, comme elle aurait pu le faire, sur le motif que la nationalité française s'imposait aux autorités françaises; prenant en considération le but visé par la loi turque, la Cour énonça que, bien que celle-ci ne fit aucune distinction selon que le sujet était ou non domicilié en Turquie, elle n'avait pas de raison de s'appliquer lorsque l'intéressé avait quitté son pays pour s'établir à l'étranger. Ce raisonnement doit être approuvé, en ce qu'il prend en considération la préoccupation légitime d'une loi étrangère de s'opposer à la fraude par abandon de la nationalité.

B. — L'ACQUISITION DE LA NATIONALITÉ PAR MARIAGE ET LA FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE.

340. Une disposition répandue en droit comparé, mais condamnée depuis 1957 par une Convention conclue sous les auspices des Nations Unies lorsqu'elle opère de plein droit, lie la nationalité de la femme à celle de son mari. Elle se prête incidemment à la fraude aux lois étrangères en ce qu'elle permet à une personne d'acquérir une nationalité nouvelle alors qu'elle ne remplit pas les conditions habituelles, notamment de stage, de la naturalisation. La jurisprudence, tant française qu'étrangère, fournit des exemples de cas où des époux demandaient l'annulation de leur mariage,

(1) Le gouvernement grec conférait la nationalité hellène à des sujets turcs qui n'avaient pas en Grèce de domicile, ou, dans certains cas, n'avaient jamais quitté la Turquie; v. note Audinet au S., 1906.2.258. Il y a là un exemple caractéristique d'exercice abusif de sa compétence de la part d'un Etat, facilitant une fraude de la part des particuliers et suscitant de la part de la souveraineté fraudée une réaction génératrice de conflits; sur tous ces points, v. *supra*, I^{re} Partie, Chap. I, p. 79 et s.

(2) Aix, 4 juin 1912, S., 1913.2.92 (la succession mobilière était alors généralement soumise à la loi nationale; v. BATIFFOL-LAGARDE, n° 636).

alléguant que celui-ci n'avait été conclu que pour permettre à la femme de changer de nationalité et d'échapper ainsi à l'empire d'une loi étrangère (1). Comme la théorie générale de la fraude permettait de le prévoir, ces demandes ont été accueillies dans la mesure du caractère offensant, pour l'ordre public du for, de la loi étrangère à laquelle l'intéressée cherchait à se soustraire.

341. Dans une affaire jugée par le tribunal de la Seine en 1948, un prisonnier français en Allemagne avait épousé une Allemande pour permettre à celle-ci de fuir la zone orientale (« la demoiselle B... fut informée par les autorités américaines... que le libre passage lui serait accordé si elle justifiait avoir acquis la nationalité française par son mariage...»). Sur la demande du mari, ce mariage fut annulé, au motif qu'il n'y avait pas de véritable consentement matrimonial (2). Dans une autre affaire, une réfugiée polonaise ne pouvait retourner dans son pays d'origine sans s'exposer à des sanctions, qui lui seraient épargnées si elle justifiait d'une nationalité étrangère, même acquise par mariage. Elle épousa à Paris un citoyen italien. Sur la demande de celui-ci (et alors que la femme était décédée), le mariage fut annulé (3). On cite des décisions belges ayant annulé des mariages contractés pendant l'occupation allemande par des israélites pour échapper à la déportation (4), et un arrêt anglais a annulé le mariage d'une Hongroise avec un Français, son cousin, contracté pour permettre à la jeune fille de quitter la Hongrie (5).

342. Dans toutes ces espèces, il y avait fraude à la loi étrangère, et une fraude de droit international, les mariages ayant été contractés pour échapper à l'empire d'une loi dont le critère d'application était la nationalité. Il y avait également une fraude à la loi du for lorsque le mariage avait été célébré sous l'empire de la loi du mari, qui conférait sa nationalité. Pourtant, dans toutes les espèces citées, la fraude n'a pas été sanctionnée en tant que telle. Sanctionner la fraude aurait consisté à maintenir les mariages litigieux, comme la Cour de cassation française l'a fait dans des hypothèses de droit interne (6). Si au contraire on a dans chaque cas permis aux parties d'invoquer une fraude à laquelle elles avaient participé, c'est par suite du manque de sympathie des juges pour les lois étrangères

(1) Ces espèces ne doivent pas être confondues avec celles dans lesquelles le mariage n'avait pas pour effet un changement de nationalité (*supra*, n° 290).

(2) Trib. civ. Seine, 7 janv. 1948, *J.C.P.*, 1948.II.4430, note J. Mazeaud.

(3) Paris, 16 oct. 1958, *J.C.P.*, 1958.II.10897.

(4) V. VIDAL, *op. cit.*, p. 197 *in fine* (s'il n'y avait pas dans ces cas changement de nationalité, il y avait bien changement de statut personnel).

(5) *H. v. H.* [1954], p. 258.

(6) Civ., 20 nov. 1963, *Appieto*, *J.C.P.*, 1964.II.13948, note-rapport J. Mazeaud. A vrai dire, il n'y avait pas fraude à la loi, le mariage ayant été

fraudées, que l'on aurait pu dans chaque cas déclarer contraires à l'ordre public. Ces exemples démontrent qu'il existe de « bonnes » fraudes aux lois étrangères, lorsque le contenu de celles-ci heurte l'ordre public du for.

C. — L'OPTION EN FAVEUR DE LA NATIONALITÉ DU FOR ET LA FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE.

343. Il paraît difficile que le for prenne en considération une allégation de fraude à la loi étrangère par option en faveur de la nationalité locale (1). Ce serait de la part du juge un désaveu du législateur, qui ne doit avoir prévu une option en faveur de la nationalité que dans les cas où un rattachement suffisant justifie celle-ci. La question semble ne s'être présentée qu'une seule fois devant les juridictions françaises — lors d'un litige de droit privé —, et l'allégation de fraude à la loi étrangère n'a pas été prise en considération. Une enfant était née en France, de père et mère inconnus. Sa mère, de nationalité roumaine, la reconnut pour pouvoir intenter en son nom l'action en recherche de paternité. Mais l'enfant acquit du même coup la nationalité roumaine et, la loi roumaine ne permettant pas en l'espèce l'action en recherche de paternité (elle était inspirée du Code civil de 1804), l'action fut rejetée en première instance. La mère fit alors pour son enfant la déclaration d'option en faveur de la nationalité française prévue par l'article 9, alinéa 10 du Code civil et interjeta appel. L'essentiel du débat portait sur des questions étrangères à la nationalité (2); mais le défendeur soutenait, en particulier, que la « naturalisation » de la mineure n'était qu'« un subterfuge ayant pour but exclusif de soustraire le demandeur à la loi roumaine ». A cet argument, la Cour répondit qu'« aucune fraude n'est alléguée (*sic*) à l'encontre de la dame M..., qui n'a fait qu'user d'un droit que lui accordait la loi » (3). La solution doit être approuvée, pour des raisons déjà indiquées : d'une

contracté, aux dires du demandeur, pour légitimer l'enfant commun. Il n'y a fraude que lorsque les parties poursuivent une fin étrangère au mariage, ce qui est notamment établi par le fait que celui-ci n'a pas été consommé. Sur le mariage « à effets conventionnellement limités », v. MALAURIE, *Introduction à l'étude du droit et droit civil*, Cours polycopié, 1967-68, p. 243 et s.

(1) Sur une fraude à la loi étrangère possible par *renonciation* à la nationalité française et prévue par la loi, v. BATIFFOL-LAGARDE, n° 108, p. 119.

(2) Il s'agissait notamment de savoir si le défendeur n'avait pas un droit acquis à ne pas être recherché en paternité naturelle et si la demanderesse n'avait pas formé une demande nouvelle en appel.

(3) Toulouse, 15 juill. 1918, *Mihaesco*, S., 1920.2.65, note Audinet (« on ne saurait considérer comme un acte frauduleux l'exercice d'un droit conféré par la loi française »). Le pourvoi contre l'arrêt de la Cour de Toulouse fut rejeté, la question de la fraude n'étant pas soulevée (Req., 8 juin 1921, *Clunet*, 1922.141).

Il n'est pas davantage question de fraude dans deux arrêts rendus peu après

part un changement de nationalité est toujours recherché pour bénéficier de quelque manière d'un nouveau statut, c'est-à-dire pour échapper à l'ancien; d'autre part, sanctionner cette volonté comme « frauduleuse » reviendrait à désavouer l'autorité administrative, ou à se placer en contradiction avec le législateur; or c'est à ce dernier qu'il appartient de fixer les conditions d'acquisition de la nationalité d'une manière qui ne permette pas la fraude à la loi étrangère. Cette conclusion est confirmée par l'étude de l'attribution de la nationalité à raison de l'origine.

§ 2. — Attribution de la nationalité à raison de l'origine

344. La fraude à la loi de la part des particuliers ne s'exerce pas seulement par la création d'un faux conflit de lois; elle consiste parfois à exploiter un tel conflit, né sans l'intervention de leur volonté (1). Il en est en particulier ainsi lorsqu'un individu se trouve bénéficier de la nationalité d'un Etat auquel ne le rattache aucun lien substantiel et qu'il tente de se prévaloir de cette nationalité pour se soustraire à une obligation dans un Etat tiers. S'il y parvient, il commettra une fraude à la loi de droit international, rendue possible par un exercice abusif de sa compétence de la part de l'Etat qui a conféré sa nationalité sans lien suffisant. Cependant, s'agissant d'une obligation de droit public, on peut penser que l'Etat qui l'impose veillera à ce que les assujettis ne puissent s'y soustraire en invoquant une nationalité étrangère; en particulier, il prendra soin de conférer, ou de maintenir, sa propre nationalité aux individus qui lui sont rattachés par les liens les plus étroits. Dans ce cas, le conflit de nationalités sera normalement résolu en faveur de la nationalité locale. Il reste que l'individu bénéficiant d'une nationalité qui ne correspond pas à sa nationalité de fait pourra éventuellement tenter de s'en prévaloir dans un pays tiers, afin de se soustraire à l'application de la loi; l'Etat concerné devra alors, pour appliquer celle-ci, refuser de prendre en considération la nationalité invoquée. Dans l'un et l'autre cas, l'individu dont on méconnaît la nationalité, pour lui imposer une obligation, peut demander à l'Etat qui la lui a conférée d'exercer la protection diplomatique en sa faveur. L'exercice de la protection diplomatique dans de telles conditions constitue le prolongement possible d'un abus de compétence dans l'attribution de la nationalité. Bien qu'il soit pratique-

dans des circonstances analogues, qui décident également que le changement de nationalité de l'enfant en cours d'instance suffit à habiliter la mère naturelle à poursuivre l'action en recherche de paternité; v. Paris, 16 mai 1923, *Clunet*, 1924.113 et Rabat, 3 févr. 1925, *Clunet*, 1926.432. Comp. l'affaire de Bari, *supra*, n° 311.

(1) *Supra*, I^{re} Partie, Chap. II, p. 94 et s.

ment rare, il conviendra de l'envisager après avoir étudié l'attribution et le maintien de la nationalité.

345. 1) *L'attribution et le maintien de la nationalité d'origine.* —

Un Etat peut commettre un abus dans l'attribution de sa nationalité à raison de l'origine, et ce de deux manières. Dans un pays d'émigration, il attribuera largement sa nationalité *jure sanguinis* et celle-ci se transmettra pendant plusieurs générations ; des personnes se trouveront alors tenir la nationalité de cet Etat par un ancêtre éloigné, qui avait rompu les liens avec sa partie d'origine. Un pays d'immigration aura tendance à conférer largement sa nationalité *jure soli*, et dans ce cas tel individu né sur le territoire à l'occasion d'un séjour temporaire de ses parents pourra toute sa vie se prévaloir de cette nationalité (1). En France, l'article 95 du Code de la nationalité (rédaction de la loi du 9 janvier 1973) vise à empêcher une transmission indéfinie de la nationalité *jure sanguinis* ; il dispose que l'individu résidant habituellement à l'étranger et n'ayant pas la possession d'état de Français, et dont les ascendants de qui il tient la nationalité française sont établis à l'étranger depuis cinquante ans et n'ont pas eux-mêmes la possession d'état de français, peut perdre la nationalité française par jugement (2). On peut estimer que ces conditions sont trop strictes. Un jugement qui avait prononcé la perte de la nationalité française par application de l'article 95 ancien du Code de la nationalité fut infirmé au motif que les ascendants de l'intéressé n'avaient pas perdu la possession d'état de français (3). Il est aujourd'hui admis qu'un Etat ne peut prétendre à l'allégeance perpétuelle de ses nationaux. Ce principe est exprimé dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, qui dispose que « (n)ul ne peut être arbitrairement privé du droit de changer de nationalité » (art. 15 al. 2). L'adverbe « arbitrairement » doit être souligné, car il est des hypothèses où un Etat est fondé à tenir pour non avenue l'acquisition par un de ses nationaux d'une nationalité étrangère ; ainsi lorsque celle-ci ne correspond à aucun lien effectif. Mais inversement, le refus d'un Etat de considérer comme libéré de son allégeance un national qui a opté pour une nationalité étrangère, ou qui s'est fait naturaliser dans un pays étranger, pourrait constituer un abus.

346. A cet égard, il n'est pas sans intérêt de relever un exemple de mesures délibérément prises par un Etat pour faciliter la fraude

(1) V. les protestations des Etats-Unis et de divers pays européens contre certains Etats latino-américains attribuant trop largement leur nationalité, citées par BATIFFOL-LAGARDE, n° 72, p. 76 (également, n° 21). D'autre part, la coutume internationale veut qu'un Etat n'attribue pas sa nationalité aux enfants de diplomates, nés sur son territoire.

(2) V. BOULBÈS, *op. cit.*, n° 699 ; LOUSSOUARN, n° 185 ; BATIFFOL-LAGARDE, n° 132. Cette disposition vise autant à ne pas rattacher à l'Etat des individus non assimilés, qu'à respecter les souverainetés étrangères.

(3) Aix, 24 févr. 1955, *J.C.P.*, 1955.II.8677, note Aymond.

aux lois étrangères, en permettant à ses nationaux et en particulier aux plus dévoués d'entre eux, de conserver leur nationalité d'origine de façon occulte, tout en bénéficiant d'une nationalité étrangère. La loi allemande du 22 juillet 1913, dite loi Delbrück, disposait en son article 25 alinéa 2, que : « Conserve la nationalité d'Etat celui qui, avant d'acquérir la nationalité étrangère, obtient sur sa demande l'autorisation de conserver la nationalité d'Etat ». Cette disposition avait pour but de faciliter l'espionnage en soustrayant les nationaux allemands aux mesures qui pourraient être prises contre eux (1). Une guerre plus tard, l'Allemagne conseillait à certains de ses nationaux résidant en pays étranger de se faire naturaliser, tout en leur assurant qu'ils pourraient recouvrer la nationalité allemande ultérieurement (2). Ces exemples montrent comment le maintien de la nationalité peut servir des fins contraires au droit international ; de la même manière, la double nationalité peut permettre à l'individu de se soustraire indûment à l'application de la loi. Encore faut-il pour cela que la souveraineté fraudée s'abstienne de réagir. Mais si elle s'oppose à la fraude, il se peut encore que l'Etat dont l'individu se réclame accepte d'exercer pour son compte la protection diplomatique.

347. 2) L'exercice de la protection diplomatique. — Si le lien entre un Etat réclamant et l'individu qui est à l'origine de l'action

(1) Sur ce texte, v. NIBOYET, t. 1, n° 248, p. 318 ; BOULBÈS, *op. cit.*, n°s 618 et 619. L'article 278 du Traité de Versailles obligeait l'Allemagne à reconnaître les changements de nationalité de ses ressortissants, ce qui était une abrogation implicite de la loi Delbrück.

Celle-ci remplaçait elle-même une loi du 1^{er} juin 1870 (*Annuaire de législation étrangère* 1871, p. 183 et s.) qui subordonnait également la perte de la nationalité allemande à un congé de nationalité. Cette mesure, visant à favoriser l'expansion allemande, s'est dans certains cas retournée contre les intéressés. C'est ainsi que des sujets allemands ayant excipé d'une nationalité étrangère pour échapper à des mesures de séquestre prises en France, les tribunaux français se sont refusés — faute pour les intéressés d'avoir produit un congé de nationalité — à considérer qu'ils avaient perdu la nationalité allemande ; v. Trib. civ. Seine, 10 juill. 1919 et Paris, 7 janv. 1920, S., 1922.2.73, note Rousseau (et les références) ; Req., 21 juin 1922, S., 1922.1.256.

(2) Cette pratique fut notamment dévoilée à l'occasion de l'affaire *Nottebohm* devant la Cour internationale de Justice. Les archives allemandes antérieures à 1939 indiquent que, se fondant sur l'expérience de la guerre précédente, le Reich avait conseillé à certains de ses nationaux établis à l'étranger de changer de nationalité pour travailler plus efficacement à la victoire de l'Allemagne ; la réintégration dans la nationalité allemande leur était assurée après cette victoire (v. C.I.J., *M.P.D.*, 1955, vol. I, p. 299). Cette circonstance, qui ne préjuge pas le cas de F. Nottebohm, devait cependant fournir un argument au Guatemala devant la Cour internationale de Justice : « En présence des facilités données par la loi allemande pour la conservation ou le recouvrement de la nationalité allemande en cas d'acquisition d'une nationalité étrangère, il n'eut pas été abusif de réputer allemandes et ennemies les personnes ayant, après Munich et à l'approche d'une guerre, souvent jugée prochaine, opéré un changement de nationalité... » (Duplique du Guatemala, *M.P.D.*, vol. I, p. 520, § 20 ; *adde* : vol. II, p. 199 à 201).

est notoirement insuffisant, on peut considérer comme un abus le fait d'exercer une action diplomatique. En fait, dans les circonstances normales, un Etat aura plutôt tendance à faire un usage restreint de son droit d'exercer la protection diplomatique qu'un usage abusif, sacrifiant les intérêts de tel individu à l'harmonie de ses relations diplomatiques (1). D'autre part, il est généralement admis qu'un Etat ne peut prétendre exercer la protection diplomatique d'un national à l'encontre d'un Etat qui considère celui-ci comme son propre ressortissant (2). Il est cependant concevable que dans tel cas particulier, un Etat estime devoir exercer la protection diplomatique, alors que l'effectivité du lien avec son ressortissant prête à contestation. De même que, du point de vue du sujet, la transition entre l'absence de fraude et la fraude est insensible, il est difficile de déterminer de la part d'un Etat où cesse le souci légitime pour un de ses nationaux et où commence l'exercice abusif de compétence (qui abriterait une fraude). Si l'Etat prend fait et cause pour son ressortissant et si l'Etat défendeur maintient son point de vue, l'affaire pourra être portée devant une juridiction internationale. En présence de tels conflits, la pratique de ces juridictions est bien établie, et consiste à faire prévaloir la nationalité effective (3). La solution est également celle donnée par la Convention de La Haye de 1930 sur les conflits de nationalités dans un Etat tiers (art. 5). Il est difficile de ne pas conclure de cette pratique qu'il y a un certain abus de la part d'un Etat à conférer sa nationalité à un individu qu'un lien plus étroit rattache à un Etat étranger. Cependant, avec la jurisprudence des juridictions internationales, on aborde la question du conflit entre deux nationalités dont aucune n'est celle du *for saisi*. Cette question est également celle que pose, pour un *for interne*, une allégation de fraude à une loi étrangère par acquisition d'une nationalité tierce et elle doit être résolue selon les mêmes principes.

(1) Une sentence rendue par un tribunal américano-égyptien le 8 juin 1932 (*Rec. NU*, vol. II) commentait ainsi une loi américaine de 1907 relative aux conditions dans lesquelles les naturalisés américains perdaient leur nationalité : « ... elle fut promulguée dans le but exprès de décharger les agences américaines à l'extérieur de l'obligation de défendre contre les gouvernements auprès desquelles elles sont accréditées les réclamations de personnes qui... ont acquis la citoyenneté américaine mais l'ont fait seulement dans le but de retourner ensuite dans leur pays d'origine ou de se rendre dans quelqu'autre partie du monde et d'y jouir de la protection des Etats-Unis » (cité *C.I.J.*, *M.P.D.*, 1955, vol. II, p. 217).

(2) V. ROUSSEAU, *Droit international public*, n° 452, et la Convention de La Haye de 1930 sur les conflits de nationalités, art. 4.

(3) V. par ex. la sentence de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, du 3 mai 1912, *Canevaro*, *Clunet*, 1912.317. Dans cette affaire, l'intéressé avait la nationalité péruvienne *jure soli* et la nationalité italienne *jure sanguinis*. Il se prévalait de celle-ci au Pérou, alors qu'il y avait antérieurement été candidat à des élections sénatoriales. Le tribunal arbitral décida que le gouvernement péruvien était fondé à le considérer comme un national.

SECTION II

LA FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE
PAR ACQUISITION D'UNE NATIONALITÉ TIERCE

348. Un individu peut commettre une fraude à la loi de droit international en se prévalant d'une nationalité de pure forme et en échappant ainsi à une obligation pesant sur les nationaux de l'Etat auquel le rattachent les liens les plus étroits. Le plus souvent, une telle fraude sera invoquée dans le ressort de cet Etat même ; parfois dans celui de l'Etat dont il a, ou tente d'acquérir, la nationalité. Il est rare qu'elle le soit dans un Etat tiers, mais le cas est d'un grand intérêt pour la théorie de la fraude, comme pour celle de la nationalité. Pour l'autorité saisie, le problème est celui d'un conflit entre deux nationalités étrangères, dont on vient de rappeler qu'il se règle généralement en recherchant la nationalité effective de l'intéressé. Une allégation de fraude ne change donc rien au principe de solution et le problème ici envisagé est un cas particulier de celui du conflit entre deux nationalités étrangères. Tous les cas de double nationalité ne correspondent cependant pas à une fraude : un individu peut être effectivement rattaché à plus d'un Etat, qui chacun le reconnaît comme son national (vrai conflit) (1). Dans certains cas, cependant, l'individu a délibérément créé un conflit, notamment en sollicitant la naturalisation dans un pays étranger, ou bien il tente de se prévaloir d'une nationalité d'origine qui ne correspond à aucun lien effectif (faux conflit), et l'on peut alors parler de fraude. Le faux conflit, comme le vrai conflit et même *a fortiori*, doit être résolu en se prononçant en faveur de la nationalité effective de l'individu. Cependant, il ne serait pas entièrement exact d'affirmer que la solution d'un conflit de nationalités est pour un for tiers le fruit d'une analyse simplement quantitative. S'agissant d'un conflit de lois ordinaire, on sait que le contenu des lois en conflit peut influencer sur la solution, en ce que l'une d'elle est contraire à l'ordre public du for (2). S'agissant d'un conflit de nationalités et d'obligations de droit public, un juge donné peut considérer avec sympathie les efforts d'un individu pour s'affranchir d'une allégeance tyrannique. D'autre part, même si le juge est indifférent à ce que le conflit soit résolu en faveur de telle ou telle nationalité, une alléga-

(1) Cependant, à supposer qu'un individu soit effectivement lié à deux Etats, chacun d'eux est fondé à lui demander à un moment donné d'exprimer un choix et d'adopter une attitude consistante avec ce choix. En cas de vrai conflit, il y a fraude de la part du sujet à se prévaloir tantôt d'une nationalité, tantôt de l'autre, pour s'aménager un statut à sa convenance et au gré des problèmes soulevés ; v. l'affaire *Elie de Bourbon-Parma*, *supra*, n° 303.

(2) *Supra*, n° 254.

tion de fraude bien étayée peut démontrer la fragilité d'un lien acquis par naturalisation, ou de l'option soudaine en faveur de telle nationalité reçue à la naissance. C'est pourquoi lorsque le juge résout un conflit entre deux nationalités étrangères, il relève parfois l'intention de fraude qui a animé l'intéressé, invoquant telle d'entre elles, ou au contraire l'absence de fraude. Si celle-ci est donc indifférente quant au principe de solution, elle ne l'est pas toujours quant à sa motivation.

349. D'autre part, dans un conflit entre deux nationalités étrangères, l'autorité saisie n'est pas nécessairement indifférente à la solution. Elle l'est dans une certaine mesure si l'objet du conflit est le statut de droit privé de l'individu ; elle ne l'est pas si l'objet du conflit est l'application d'une disposition locale de droit public, qui dépend de la nationalité du sujet, ou encore d'un traité. Dans ce cas, le conflit entre deux nationalités étrangères sera résolu par le for sans que celui-ci se considère comme lié par les lois étrangères, et en fonction de ce que lui-même estime être la nationalité de l'individu pour l'application de la disposition en question. Si l'on vient à parler de fraude dans ce cas, il s'agira d'une fraude à la loi locale (1). En la sanctionnant, le for écartera la nationalité invoquée par le sujet. Ceci peut donner naissance à un litige international, qui se distinguera du litige interne en ce que la juridiction éventuellement saisie se trouvera véritablement dans la situation d'un arbitre et se prononcera en toute impartialité sur la nationalité effective de l'individu. Ce concours de circonstances assez rare s'est trouvé réuni dans l'affaire *Nottebohm*. L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice revêt donc une importance fondamentale pour la question de la fraude à la loi ou, ce qui revient au même, pour celle de l'abus de souveraineté. Car en résolvant un tel conflit, une juridiction internationale désavoue nécessairement, mais dans une mesure qu'il faudra déterminer avec soin, l'Etat dont la nationalité est déclarée inopposable. Par conséquent, on doit distinguer, dans l'étude de droit positif consacrée à la fraude à la loi par acquisition d'une nationalité tierce, selon que la question est résolue par une juridiction interne ou une juridiction internationale (2). Dans le premier cas, la solution exprime un ordre particulier, car la solution est influencée par les conceptions locales. Dans le second cas, la solution est l'expression de l'ordre international et sa portée dépasse de beaucoup le domaine de la nationalité.

(1) *Supra*, n^{os} 302 et s.

(2) Il est à la lettre impropre de parler du conflit de deux nationalités « étrangères » devant une juridiction internationale, mais l'expression est commode et ne prête pas à équivoque.

§ 1. — La solution du conflit par les juridictions internes

350. Le problème envisagé n'est un problème de fraude à la loi étrangère que lorsque l'autorité publique locale n'est pas directement intéressée à la solution du conflit. A cet égard, il ne paraît guère possible que le statut de droit public d'un individu soit discuté devant un for non directement intéressé; effectivement, les décisions françaises ou étrangères que l'on peut rattacher au problème étudié ont été rendues dans des affaires où la nationalité était discutée pour la détermination du statut de droit privé d'un individu. Ces décisions ont néanmoins leur place dans cette étude, car elles montrent l'influence que peut avoir la fraude du sujet dans la solution d'un conflit relatif à sa nationalité et alors que la fraude possible serait dirigée contre une loi étrangère.

351. Une première décision significative est celle rendue par les juridictions belges dans l'affaire *de Beaufremont*; on a vu que celles-ci firent prévaloir le statut français sur le statut allemand parce que plus proche de la loi belge, sans s'arrêter particulièrement à la question de la fraude (1). Un second exemple est donné par la jurisprudence française, lorsque s'est trouvée posée à elle la question de l'application de la loi turque de 1869 qui, pour mettre fin à une fraude répandue, subordonnait la naturalisation des sujets ottomans à une autorisation du gouvernement (2). Dans cette affaire, l'intéressé avait acquis la nationalité anglaise; il était décédé en France et la question se posait de déterminer la loi applicable à sa succession mobilière. Comme il n'avait pas sollicité le congé de nationalité prévu par la loi turque, il y avait un conflit entre la nationalité de ce pays et la nationalité anglaise. La Cour d'Aix raisonna par interprétation de la loi turque, estimant qu'elle ne visait que les sujets qui demeuraient dans l'Empire après avoir changé de nationalité, c'est-à-dire ceux qui ne s'étaient fait naturaliser que pour faire fraude à la loi turque; tel n'était pas le cas en l'espèce, constata la Cour, par conséquent le conflit devait être tranché au profit de la loi anglaise, l'acte de naturalisation « devant produire tous ses effets », et « la législation française ... étant désintéressée » (3). Dans cette affaire, la Cour était donc prête à prendre en considération une fraude à la loi turque (qui n'était pourtant pas alléguée), parce que la disposition sur la perte de la nationalité était inspirée par le souci légitime de mettre fin à une fraude courante.

(1) Bruxelles, 5 août 1880, S., 1882.2.81 (poursvoi rejeté par Cass., 19 janv. 1882, même réf.; il n'est pas question de la fraude dans le poursvoi); v. *supra*, n° 254.

(2) V. *supra*, n° 339.

(3) Aix, 9 juill. 1903, S., 1906.2.256, note Audinet.

Il est remarquable que la Cour ait ainsi pris en considération le but visé par la loi étrangère, plutôt que de résoudre le conflit par l'application d'une règle abstraite et « aveugle ». Devant ce conflit de nationalités, on pouvait en effet recourir à deux principes de solution apparemment défendables, mais qui conduisaient à des solutions opposées. D'après l'un, le second statut devait prévaloir au nom de la liberté d'expatriation ; d'après l'autre, le premier statut devait prévaloir, sans quoi l'on entérinait une double nationalité, au mépris des « règles fondamentales du droit international » (1). Si l'on s'en tient à une telle méthode on est condamné à se prononcer par affirmation arbitraire d'un principe, que l'on sera nécessairement amené à écarter dans des circonstances différentes. Dans le cas envisagé, le respect formel de la loi turque n'aurait servi aucun des buts que se proposait cette loi, puisqu'il était établi que l'intéressé n'avait pas entendu faire fraude à la loi turque en adoptant la nationalité anglaise. L'intérêt d'une analyse fonctionnelle d'un conflit de normes en vue de sa meilleure solution apparaît ici clairement.

352. Dans une affaire résolue par la Cour d'appel mixte d'Alexandrie en 1937, se posait également la question de la loi applicable à une succession (2). Le *de cujus* était né en Syrie d'un père syrien, et avait obtenu la naturalisation en Italie. Les demandeurs soutenaient que cette naturalisation était frauduleuse, et donc que le *de cujus* devait être considéré comme ayant la nationalité syrienne. Or le décret de naturalisation avait été obtenu après une résidence de quinze ans en Italie et il avait été notifié au gouvernement syrien qui y avait acquiescé. Aussi la Cour confirma-t-elle le rejet de la demande en première instance et elle le fit en des termes qui définissent bien la fraude à la loi par changement de nationalité : « la loi fait dépendre la naturalisation de la volonté de l'individu, mais il doit y avoir un but sincère d'abandonner sa propre nationalité pour devenir membre d'un autre Etat. S'il était établi qu'un tel but n'existe pas, mais qu'en effectuant le changement l'individu désire simplement devenir le citoyen d'un autre Etat pour accomplir ce qui était défendu par la loi de l'Etat d'origine, pareil acte ne serait pas considéré comme juridiquement valable. Lorsque, par exemple, ... l'individu ... retourne immédiatement dans son pays d'origine pour reprendre aussitôt sa nationalité d'origine, cette naturalisation peut seulement être considérée comme un subterfuge pour échapper aux conséquences de son statut personnel qui sont

(1) AUDINET, note préc.

(2) On peut discuter la nature de juridiction interne ou internationale des tribunaux arbitraux mixtes ; v. CARABIBER, *Les juridictions internationales de droit privé*, 1947, p. 177 et s. La Cour d'Alexandrie est ici rapprochée des juridictions internes ; l'opinion qu'elle exprime sur la fraude à la loi par changement de nationalité n'a que plus de poids si l'on y voit une juridiction internationale.

déterminées par la loi de son Etat d'origine. Une telle naturalisation devrait être ignorée» (1).

353. La théorie générale de la fraude à la loi de droit international a indiqué qu'il n'est pas possible d'adopter un parti *a priori* sur le problème de la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce (2). Mais les facteurs qui guident la décision du juge sont identifiables et les trois espèces qui viennent d'être évoquées les ont respectivement illustrés : le contenu de l'ordre public du for, le caractère vrai ou faux du conflit et l'influence du facteur « temps » pour ce qui a trait à un élément de l'état des personnes (tel que la nationalité). Les mêmes facteurs seront pris en considération par une juridiction internationale se prononçant sur un conflit de nationalités, à ceci près que l'ordre public qui l'inspire est un ordre public véritablement international, et cette circonstance confère à sa décision une portée considérable.

§ 2. — Le conflit devant les juridictions internationales

354. Lorsqu'un Etat refuse de prendre en considération la nationalité étrangère d'un individu, soit qu'il le considère comme son propre national, soit qu'il le regarde comme le national d'un pays tiers, l'Etat qui confère la nationalité écartée peut agir par la voie diplomatique et le conflit peut être porté devant une juridiction internationale. Une allégation de fraude à l'encontre du sujet est indifférente quant au principe de solution d'un tel litige, mais elle peut certainement influencer la décision du juge. Dans tous les cas, celle-ci exprime nécessairement l'ordre international en matière de nationalité. C'est pourquoi l'affaire *Nottebohm*, jugée par la Cour internationale de Justice, apporte une contribution fondamentale à la théorie de l'abus du droit en matière de droit international public, comme à celle de la fraude à la loi en matière de droit international privé (3).

355. En ce qui concerne les circonstances ayant donné lieu à cette affaire, il suffit de rappeler que l'intéressé, citoyen allemand d'ori-

(1) Cour d'appel d'Alexandrie, 23 mars 1937, *Clunet*, 1938.552.

(2) *Supra*, I^{re} Partie, Chap. III, p. 191 et s.

(3) *Affaire Nottebohm (deuxième phase)*, *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 4. V. S. BASTID, « L'affaire « Nottebohm » devant la Cour internationale de Justice », *Rev. crit.*, 1956.607; JONES, « The Nottebohm Case », 5 *Int. and Comp. L. Q.*, 230 (1956); KUNZ, « The Nottebohm Judgment (Second Phase) », 54 *Am. J. Int. L.*, 536 (1960); MAURY, « L'arrêt « Nottebohm » et la condition de nationalité effective », *RebelsZ.*, 1958.515; VAN PANHUYS, *The Role of Nationality in International Law*, 1959, p. 95 à 103; PERRIN, « Les conditions de validité de la nationalité en droit international public », *Mél. Guggenheim*, p. 853; DE VISSCHER, « L'affaire « Nottebohm » », *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1956. 238.

gine et vivant au Guatemala, avait acquis peu avant la guerre la nationalité du Liechtenstein. Le Guatemala ayant par la suite placé Nottebohm en détention prolongée, puis confisqué ses biens, le Liechtenstein demandait devant la Cour internationale de Justice réparation du dommage causé à son ressortissant. Le défendeur opposait le défaut de qualité du requérant, tenant au « défaut de lien national entre le Liechtenstein et Nottebohm ». A l'appui de ce moyen, le Guatemala faisait valoir trois arguments. En premier lieu, Nottebohm n'avait pas régulièrement acquis la nationalité du Liechtenstein d'après les lois de ce pays ; en second lieu, ces lois n'étaient pas conformes aux « principes généraux en matière de nationalité » ; enfin, en demandant la nationalité du Liechtenstein, Nottebohm avait agi par fraude. Il convient de noter que ces arguments ne se placent pas sur le même plan : les deux premiers sont en quelque sorte alternatifs et, selon que l'on admet l'un ou l'autre, le sens du mot « fraude » utilisé dans le troisième moyen varie. En effet, du point de vue du Guatemala, l'alternative était la suivante : ou bien Nottebohm avait acquis la nationalité du Liechtenstein en contravention avec les lois de cet Etat et notamment en abusant les autorités locales sur son intention d'établir un lien sérieux ; ou bien la loi du Liechtenstein avait été respectée, mais alors c'est cette loi qui, par le libéralisme avec lequel elle conférait la nationalité, offensait le droit international (1). Dans le premier cas, on peut dire que la fraude de Nottebohm était à la fois une fraude de droit interne à l'encontre de la loi du Liechtenstein (de même nature que celle prévue par l'article 112 du Code de la nationalité française) (2) et une fraude de droit international à l'encontre de la loi du Guatemala ; dans le second cas, il n'y avait que cette même fraude de droit international, rendue possible par un abus de souveraineté délibéré de la part du Liechtenstein. Que ces conclusions du Guatemala aient été fondées ou non, on ne saurait illustrer plus clairement le lien nécessaire entre une fraude à la loi de droit international, de la part d'un particulier, et l'application abusive d'une loi donnée, c'est-à-dire son application hors de son domaine légitime (3).

(1) V. la duplique du Guatemala, *C.I.J.*, *M.P.D.*, 1955, vol. I, p. 520, § 20.

(2) *Supra*, note (1), p. 229.

(3) *Supra*, I^{re} Partie, Chap. I. Selon une affirmation énoncée dans une plaidoirie pour le Liechtenstein, les deux notions d'abus de droit et de fraude à la loi s'excluent au contraire l'une l'autre (*C.I.J.*, *M.P.D.*, 1955, vol. II, p. 91). Cette opinion se fonde sur ce que l'abus de droit supposerait un dommage, inexistant en l'espèce (v. également l'opinion du juge Read, *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 37). Or le dommage aurait précisément été constitué si l'exercice de sa compétence par le Liechtenstein, accordant sa nationalité, avait paralysé l'application des mesures guatémaltèques (à supposer naturellement que ces mesures ne fussent pas contraires au droit international, question sur laquelle la Cour internationale de Justice ne s'est finalement pas prononcée).

356. Dans son arrêt rendu dans la phase du fond, la Cour ne s'est pas prononcée sur toutes les conclusions des parties, ni même exactement sur celles qui avaient été déposées (1). Mais son refus exprès de se prononcer sur certains points est lui-même à certains égards instructif. Ainsi la Cour n'a pas voulu examiner la question de la validité de la naturalisation de Nottebohm au regard de la loi du Liechtenstein (2). Une opinion individuelle justifie ce refus, en des termes dont la portée paraît dépasser le problème posé par l'affaire considérée. « La Cour n'est pas censée connaître la loi nationale des différents Etats. Il ne lui serait guère possible de donner sa propre interprétation de la loi du Liechtenstein sur la nationalité et de négliger l'interprétation qui en a été donnée et l'application qui en a été faite par les autorités locales compétentes » (3). En d'autres termes, la Cour s'est refusée à jouer le rôle d'une juridiction d'appel à l'égard d'une autorité nationale appliquant son propre droit. C'est le problème de l'application par un juge donné d'une loi étrangère qui se trouve ainsi posé (4). Vérifier la bonne application d'une loi, c'est en effet l'appliquer soi-même. Or il est certain que nul autre que le juge national n'a qualité pour donner une interprétation authentique de la loi interne. Ainsi, à travers le refus de la Cour internationale de Justice de contrôler l'application de leur loi par les autorités d'un Etat, on peut remettre en cause le bien-fondé, ou au moins s'interroger sur les limites, d'un procédé de réglementation des relations privées internationales qui repose sur le postulat qu'un juge donné peut appliquer indifféremment la loi du for ou la loi étrangère (5).

357. Cependant, la position des autorités du Liechtenstein sur la naturalisation de Nottebohm au regard du droit interne était sans équivoque, puisque l'action de cet Etat devant la Cour impliquait l'affirmation de sa validité. La Cour aurait alors pu, comme elle en était priée par le défendeur, se prononcer sur la validité *au regard du droit international* de cette naturalisation et donc de la

(1) On a pu écrire que l'arrêt « est assez remarquable dans la forme par l'indépendance qu'il manifeste à l'égard de l'exposé des parties » (S. BASTID, *op. cit.*, p. 620).

(2) *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 20.

(3) Op. juge KLAESTADT, *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 29 ; v. également, op. juge READ, « La Cour n'interprète pas la loi nationale en tant que telle » (*C.I.J. Rec.*, 1955, p. 36).

(4) On peut considérer que pour un juge international, les lois internes font figure de lois étrangères ; v. BATIFFOL, 4^e éd., n° 82, p. 86 (rapp. *supra*, note (2), page 267).

(5) *Supra*, n° 58 et s. Déjà la Cour permanente de Justice internationale avait affirmé, dans l'affaire des emprunts serbes et brésiliens : « La Cour étant arrivée à la conclusion qu'il y a lieu d'appliquer le droit interne d'un pays déterminé, il ne semble guère douteux qu'elle doit s'efforcer de l'appliquer comme on l'appliquerait dans ledit pays. Ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur » (S., 1929.4.22, *Clunet*, 1929.977).

législation du Liechtenstein. Elle s'est cependant refusée à le faire directement, comme le montre un bref résumé de l'arrêt. Pour la Cour, il s'agissait seulement « de rechercher si cet acte émanant du Liechtenstein seul est opposable au Guatemala en ce qui concerne l'exercice de la protection diplomatique (1). Car, énonce la Cour en premier lieu, tout Etat souverain règle comme il l'entend l'attribution de sa propre nationalité. Or un problème analogue s'est trouvé posé aux juridictions internationales, poursuit-elle, lorsqu'il s'agit de trancher un conflit de nationalités alors qu'un individu est revendiqué par plus d'un Etat, et dans ces cas, les juridictions internationales ont recherché quel était le lien le plus effectif (2). La Cour ayant ainsi déclaré l'identité de la question de droit avec celle posée par un conflit de nationalités, utilise alors le même critère, celui de l'effectivité du lien, pour se prononcer sur l'opposabilité d'un lien de nationalité à l'encontre d'un Etat qui ne revendique pas le sujet comme son national. Y avait-il en l'espèce un lien suffisamment effectif entre Nottebohm et le Liechtenstein ? La Cour recherche si « le rattachement entre Nottebohm et le Liechtenstein à l'époque précédant, entourant, et *suivant* sa naturalisation apparaît comme suffisamment étroit, comme si prépondérant par rapport au rattachement pouvant exister entre lui et tel ou tel autre Etat, qu'il permette de considérer la nationalité à lui conférée comme effective, comme l'expression juridique exacte d'un fait social de rattachement, préexistant *ou se constituant ensuite* » (3). Or l'examen des faits établit clairement, pour la Cour, « l'absence de tout lien de rattachement entre Nottebohm et le Liechtenstein », dont la nationalité n'a été recherchée par lui « que pour lui permettre de substituer à sa qualité de sujet d'un Etat belligérant la qualité de sujet d'un Etat neutre, dans le but unique de passer ainsi sous la protection du Liechtenstein, et non d'en épouser les traditions, les intérêts, le genre de vie ... » (4). Par conséquent, conclut la Cour, le lien de nationalité ainsi constitué n'était pas opposable au Guatemala. La Cour a donc pris soin de limiter étroitement la question résolue ; tout ce qu'elle a expressément affirmé est que le Liechtenstein n'était pas fondé, dans les circonstances de l'affaire, à exercer la protection diplomatique de Nottebohm à l'encontre du Guatemala. La portée de l'arrêt est cependant beaucoup plus étendue qu'il n'apparaît à l'énoncé de cette proposition. Elle l'est malgré la prudence de la Cour dans sa manière d'aborder le problème et elle l'est grâce à cette prudence même, au-delà peut-être de ce que les juges avaient envisagé. Pour le montrer, il convient de distinguer la portée de la décision sur la validité du

(1) *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 20 ; v. également, p. 17.

(2) *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 21, 22.

(3) *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 24 (c'est nous qui soulignons). Ici se vérifie que la preuve d'une fraude à la loi en matière d'état des personnes est objectivement apportée par le « troisième stade » de la fraude (*supra*, n° 132).

(4) *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 26.

lien de nationalité *dans l'espace* et sa portée sur la validité du lien *dans le temps*.

358. *a) La validité du lien de nationalité dans l'espace.* Malgré le refus de la Cour de se prononcer sur la validité du lien de nationalité entre Nottebohm et le Liechtenstein au regard du droit international, on ne peut pas ne pas voir dans sa décision une consécration de la théorie de l'effectivité en droit international : l'exercice par un Etat de sa compétence n'est légitime que s'il repose sur un lien effectif. En effet, après avoir affirmé le principe de la liberté des Etats dans l'établissement du lien de nationalité, la Cour a opéré une distinction entre les effets internes de ce lien, et ses effets dans l'ordre international (1). Et si la Cour a refusé de mettre en cause la nationalité de Nottebohm dans ses rapports avec le Liechtenstein (effets dans l'ordre interne), elle a dénié à cet Etat le droit, dans les circonstances de l'espèce, d'exercer la protection diplomatique en faveur de Nottebohm (effets dans l'ordre international), en raison de l'absence d'un lien effectif. Or, on peut se demander s'il existe un autre effet du lien de nationalité dans l'ordre international que le droit pour l'Etat d'exercer la protection diplomatique en faveur de son ressortissant. S'il n'en existe pas d'autre, on doit conclure que la nationalité, pour produire ses effets dans l'ordre international, doit reposer sur un lien suffisant. C'est ainsi que la liberté qui a été reconnue aux Etats dans l'établissement du lien de nationalité trouve immédiatement une limite importante dans le droit international : l'exigence d'un lien effectif entre l'Etat et celui qu'il considère comme un national.

359. On peut vérifier cette conclusion en se demandant, malgré le soin de la Cour de limiter la portée de la décision aux parties en cause, si à la même époque le Liechtenstein aurait été admis à exercer la protection diplomatique en faveur de Nottebohm à l'encontre d'un autre Etat que le Guatemala (2). A cette question, il est permis de répondre par la négative. Car ce qui était en cause devant la Cour, ce n'étaient pas les liens de Nottebohm avec le Guatemala, mais son absence de liens avec le Liechtenstein (3). Et bien que la Cour ait — de manière peut-être équivoque — relevé l'importance des premiers, il faut insister sur ce que le fondement de la décision est l'absence des seconds. Par conséquent, il est permis de penser que le lien de nationalité aurait été déclaré inopposable

(1) *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 21. Sur ce point, v. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 254. Un auteur américain fait observer que cette distinction correspond à peu près à celle que fait la terminologie anglaise entre « citizenship » et « nationality » (KUNZ, *op. cit.*, p. 546).

(2) V. l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Guggenheim, *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 60, n° 12.

(3) V. la question formulée par la Cour, *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 24, et les éléments de la réponse (p. 25).

à quiconque au moment des faits. En revanche, il ne faudrait pas en conclure que ce lien, étant privé de tout effet dans l'ordre international, devait être considéré comme *irrévocablement* nul au regard du droit international et déclaré tel par la Cour. C'est à cet égard que la prudence de celle-ci prend tout son sens et doit être approuvée.

360. *b) La validité du lien de nationalité dans le temps.* La décision de la Cour repose sur l'absence de liens effectifs à l'époque des faits. On a pu reprocher à l'arrêt de faire de Nottebohm un apatride ; ou encore, de façon plus explicite, certains ont cru relever une contradiction intrinsèque dans l'arrêt, en ce que la Cour a tenté de limiter la question aux conditions et aux effets de la naturalisation en matière de protection diplomatique, tandis que les arguments avancés étaient de portée plus large et obligeaient à discuter dans son entier les effets de la naturalisation (1). Ces reproches paraissent mal fondés, en ce qu'ils méconnaissent le rôle essentiel de l'écoulement du temps sur la validité d'une situation juridique, et particulièrement pour tout ce qui touche à l'état des personnes. Ce qui a été un faux conflit de lois à un moment donné peut devenir un vrai conflit. En matière de nationalité, cela signifie qu'un lien jugé insuffisant à un moment donné peut gagner en consistance avec le temps, jusqu'à rendre le lien de nationalité effectif dans l'ordre international (2). Dans le cas de Nottebohm, celui-ci s'était installé au Liechtenstein après s'être vu refuser l'entrée au Guatemala. Il y a tout lieu de penser que dans un litige né quelques années après cette installation et relatif à des faits survenus après elle, le Liechtenstein aurait été admis à exercer la protection diplomatique en faveur de son national. Il est donc inexact de dire que l'arrêt de la Cour internationale de Justice a placé l'intéressé dans la situation d'un apatride. La réserve de la Cour en ce qui concerne la validité à tous égards du lien dans l'ordre international prend ici tout son sens et la portée de l'arrêt doit être reconsidérée pour s'énoncer ainsi : en l'absence d'un rattachement suffisant, l'attribution de sa nationalité par un Etat permet à la personne qui en bénéficie une tentative de fraude à la loi d'un autre Etat et celui-ci est fondé à ne pas tenir compte de ce lien. Telle est l'interprétation que l'on peut donner de l'arrêt *Nottebohm*, dont l'apport à la théorie de la fraude à la loi de droit international ne saurait être surestimé.

(1) V. VAN PANHUYS, *op. cit.*, p. 102 et 105.

(2) En ce sens, DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 265 : « (L')effectivité est une notion en perpétuel devenir, et le lien de rattachement dont la Cour a relevé le défaut au moment où se sont figés les rapports juridiques entre le Guatemala et le Liechtenstein, est parfaitement susceptible de s'affermir et de se stabiliser tant dans les rapports entre le Liechtenstein et les Etats tiers que dans les relations futures entre le Liechtenstein et le Guatemala ». L'auteur ajoute que ce serait se méprendre totalement sur la portée de l'arrêt que d'attribuer à ses motifs une portée objective et générale sur ce point.

CONCLUSION DU TITRE I

361. L'étude de la fraude à la loi en matière de statut personnel de droit public des personnes physiques a permis d'illustrer la plupart des points dégagés dans la théorie générale de la fraude à la loi de droit international. Une telle fraude consiste de la part d'un particulier à créer un faux conflit de lois internes, de façon à modifier sa situation par l'intervention d'une loi moins compétente que celle qui s'appliquait antérieurement à lui et sous l'empire de laquelle il entend en fait demeurer. La fraude est pratiquement impossible lorsque le statut personnel de droit public dépend du domicile. En effet il lui manquerait généralement en premier lieu l'intervention d'une autorité publique étrangère sanctionnant officiellement l'admission à domicile du sujet, intervention qui pourrait peut-être permettre à celui-ci de se représenter dans le ressort de la loi compétente en prétendant qu'elle ne lui est pas applicable. La fraude est en revanche concevable lorsque le statut du sujet dépend de la nationalité ; le changement de nationalité est en effet marqué par l'intervention positive d'une autorité étrangère (sous la forme d'un acte de naturalisation), et cette intervention doit normalement avoir pour effet de faire perdre la nationalité d'origine, en vertu du principe de la liberté d'expatriation. D'autre part, la fraude consiste parfois à exploiter un conflit né hors de la volonté du sujet, en réclamant l'application de la loi moins compétente ; tel est le cas lorsque l'individu se trouve cumuler deux nationalités à raison de l'origine et qu'il tente de se prévaloir de l'une d'elles qui ne correspond à aucun lien effectif. Que le conflit ait été volontairement créé, ou qu'il soit né hors de la volonté du sujet, la fraude n'est rendue possible que par un exercice abusif de compétence de la part d'un Etat qui confère sa nationalité sans lien suffisant. Ainsi se vérifie le lien nécessaire entre une fraude à la loi de droit international et un abus de souveraineté.

362. Pour lutter contre la fraude, le juge peut soit étendre le domaine d'application des lois qu'il est chargé d'appliquer, soit recourir à l'exception de fraude à la loi. Pratiquement, s'agissant de droit public, le législateur prend soin de prévenir la fraude par des mesures appropriées. On s'explique ainsi qu'en France, où l'exception de fraude à la loi tient une certaine place dans la doctrine,

les juges n'aient apparemment jamais eu à recourir à ce moyen pour faire respecter une disposition de droit public. Mais les mesures que le législateur est amené à prendre pour prévenir la fraude sont toujours dommageables sur le plan des principes ; soit qu'il subordonne la perte de la nationalité à une autorisation, ce qui engendre des cas de double nationalité ; soit qu'il étende expressément le champ d'application de la loi quant aux personnes (application aux étrangers) ou dans le temps (loi rétroactive).

363. Comme n'importe quelle loi interne, les lois sur la nationalité s'appliquent parfois à des situations qui débordent le cadre strict de leur compétence ; c'est le cas lorsqu'elles confèrent la nationalité à un individu que des liens étroits rattachent également à une autre souveraineté. Il y a dans ce cas un certain abus, mais cet abus n'est pas répréhensible, puisque chaque Etat est fondé à considérer l'intéressé comme son national, sous peine d'en faire un apatride (*vrai conflit*). Réciproquement, la solution du conflit par application d'une seule loi, donc par éviction de l'autre, même en se conformant au choix exprimé par l'intéressé, ne consacre pas une fraude à la loi. Au contraire, lorsqu'un individu ne présente manifestement aucun rattachement sérieux avec un Etat qui le considère comme son national, on consacrerait une fraude à la loi en permettant à cet individu d'échapper à une obligation, à raison de sa nationalité. Les décisions internationales en matière de conflits de nationalités, qui se sont prononcées en faveur de la nationalité de l'Etat avec lequel l'intéressé présente les liens les plus étroits et l'arrêt *Nottebohm* de la Cour internationale de Justice, qui a privé d'effets dans l'ordre international une naturalisation conférée sans lien suffisant, ont consacré sans l'affirmer le principe de l'effectivité comme fondement de la nationalité. Ce principe doit être considéré comme fondant tout exercice de compétence en droit international (1). Il ne permet cependant pas de résoudre automatiquement tous les conflits ; car en ce qui concerne les personnes, l'effectivité du lien avec un Etat donné varie avec le temps. C'est l'intérêt essentiel d'une étude consacrée à la fraude à la loi, laquelle ne joue pourtant aucun rôle décisif, que de mettre en lumière ce facteur.

(1) *Supra*, I^{re} Partie, n^{os} 40 et s. *Adde* : DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 258 : « ... il est indispensable que les normes du droit des gens traduisent aussi fidèlement que possible la réalité et l'effectivité des situations sociales ».

TITRE II

LE STATUT PERSONNEL DE DROIT PRIVÉ

364. L'expression de « statut personnel » désigne, en droit international privé français l'« ensemble des matières soumises à la loi qui suit la personne » (1). Le *domaine* du statut personnel est défini par l'article 3 alinéa 3 du Code civil, qui vise l'état et la capacité. De l'état des personnes, la nationalité (et accessoirement le domicile) ont été étudiés en tant qu'ils déterminent le statut de droit public (2). Il convient à présent d'envisager les institutions de droit privé que les individus chercheraient à frauder par un moyen international. De celles qui ont trait aux relations de famille, on peut écarter la filiation, car la fraude à la loi de droit international est rarement invoquée en cette matière (3). En revanche, les relations matrimoniales constituent le terrain d'élection de la fraude au statut personnel, comme l'a indiqué l'étude de la théorie générale. En ce qui concerne la capacité, d'autre part, le droit comparé enseigne qu'elle n'est pas toujours rattachée au statut personnel (4). La raison en est qu'il ne s'agit pas d'une notion unitaire et que l'on peut adopter différents rattachements selon la « capacité » considérée : celle de contracter peut être rattachée à la loi du contrat, celle de

(1) BATIFFOL-LAGARDE, n° 376 ; comp. RABEL, t. 1, p. 113. Aux Etats-Unis, le premier *Restatement* du Conflit de Lois parle d'« une relation légale personnelle, qui n'est ni temporaire de sa nature, ni résiliable par la simple volonté des parties, et qui intéresse les tiers et l'Etat » (art. 119) (trad. WIGNY et BROCKEL-BANK, *Exposé du droit international privé américain*, 1937).

(2) *Supra*, Titre I.

(3) Pour une allégation de fraude, v. *supra*, n° 343. L'hypothèse d'un parent naturel cherchant à échapper à sa responsabilité par un changement de nationalité (à supposer sa loi personnelle applicable à l'action) a été considérée comme peu vraisemblable (J. FOYER, *Filiation illégitime et changement de loi applicable*, Dalloz, 1964, n° 120, p. 82). La loi du 3 janvier 1972, qui a rattaché en principe la filiation à la loi de la mère (art. 311-14 nouv. C. civ.) a encore réduit l'éventualité.

(4) V. BEALE, t. 2, p. 660, § 120. 11 : « Capacity is not a status at common law ». *Addé* : DICEY-MORRIS, p. 225 et s.

transférer un bien à la *lex rei sitae*, celle d'acquérir un domicile — pour les femmes mariées — à la loi personnelle du mari, celle d'agir en justice à la *lex fori*... En France même, on n'étudie sous cette rubrique, en droit international privé, que les incapacités générales et la protection des incapables (1). Ainsi restreinte, la capacité peut être écartée de l'étude de droit positif. Bien que la fraude soit concevable par modification de l'élément de rattachement (un individu change de nationalité pour échapper à une incapacité dont le frappe la loi nationale), les recueils de jurisprudence n'offrent que peu d'exemples d'allégation de fraude en ce domaine (2). S'agirait-il de se déplacer pour passer un acte juridique que l'on ne peut valablement conclure d'après sa loi personnelle, cette « fraude » sera en principe sanctionnée par une application directe de la règle de conflit. La solution dépend théoriquement du lieu d'exécution du contrat : selon que celui-ci peut s'exécuter au lieu de conclusion, ou par hypothèse l'intéressé est capable, ou bien ne peut s'exécuter que dans le ressort de la loi personnelle du sujet, une action en nullité sera efficace ou non. Cependant, que la loi du for saisi rattache la capacité de contracter à la loi personnelle, comme le fait le droit français, ou à la loi du contrat, comme le font les droits anglais et américains, on constate qu'il est pratiquement impossible de respecter les principes : dans le premier cas, le souci d'assurer la sécurité des transactions impose de prendre en considération d'une manière quelconque la loi du contrat (3) ; dans le second cas, il est impossible de ne pas assurer une certaine permanence de la capacité et de ne pas faire produire un certain effet extra-territorial à une incapacité (4). Sous le bénéfice de ces remarques, on peut réduire l'étude de la fraude au statut de droit privé à la matière des relations matrimoniales.

365. En ce qui concerne le *rattachement* du statut personnel, on relève en droit comparé deux rattachements principaux : la nationalité et le domicile (5). La controverse sur les mérites de l'un et de l'autre est traditionnelle. Au point de vue de la fraude, on

(1) BATIFFOL-LAGARDE, n° 393.

(2) V. cependant *supra*, n° 310, et, réservant la fraude, Trib. civ. Seine, 10 nov. 1905, *Clunet*, 1906.145 ; 31 déc. 1910, D., 1911.5.11, *Clunet*, 1911.889 ; 6 mai 1911, *Rev. dr. int. pr.*, 1911.350.

(3) V. l'arrêt *Lizardi*, faisant exception au principe de la loi personnelle pour ignorance excusable de la loi étrangère par le cocontractant : Req., 16 janv. 1861, D., 1861.1.193, S., 1861.1.305 ; BATIFFOL-LAGARDE, n°s 279 et 491. Le Code civil italien de 1942, pourtant d'inspiration personnaliste, valide expressément l'acte accompli en Italie par un étranger incapable selon sa loi personnelle, mais capable d'après la loi italienne (sous réserve de quelques exceptions) (art. 17, al. 2, *Dispositions sur la loi en général*).

(4) V. *Lilienthal v. Kaufman* 239 Or. 1, 395 P. 2d 543 (1964). Un individu déclaré prodigue en Orégon, où il réside, signe des billets à ordre en Californie pour un emprunt contracté dans cet Etat ; l'action en paiement du créancier est néanmoins repoussée.

(5) Sur la religion, v. *supra*, n° 259.

avance en faveur de la nationalité qu'elle constitue un rattachement plus stable que le domicile. Cependant, la théorie générale indique qu'il n'est pas plus difficile de sanctionner une fraude lorsque le statut personnel est rattaché au domicile que lorsqu'il est rattaché à la nationalité : il suffit dans le premier cas de qualifier le domicile *lege fori*, de la même manière qu'un conflit entre la nationalité locale et une nationalité étrangère est en général résolu en faveur de la première (1). D'autre part, l'expérience du droit français indique que le principe de la loi nationale doit fréquemment être tempéré pour éviter des résultats indésirables et en particulier pour ne pas sanctionner une violation internationale de la loi qui n'est qu'une violation secondaire ; de ce point de vue, le critère du domicile est plus maniable et permet de ne pas sanctionner une fraude patente lorsque cela paraît inopportun. Pour illustrer ces différentes propositions, une étude de droit positif doit être largement comparative. Elle portera en premier lieu sur la formation et la validité du lien matrimonial (Sous-Titre I), en second lieu sur sa dissolution éventuelle par le divorce (Sous-Titre II).

(1) *Supra*, n^{os} 163 et s.

SOUS-TITRE I

LE MARIAGE

366. Le principe de la liberté du mariage est à peu près universellement admis. Mais la liberté ne signifie pas l'absence de réglementation ; chaque législation positive édicte des empêchements au mariage, imposés par des nécessités sociales supérieures (1). La réglementation variant d'un pays à l'autre, il est tentant pour un homme et une femme qui ne peuvent contracter mariage au lieu de leur résidence habituelle, de se placer, au moins provisoirement, sous l'empire d'une loi plus tolérante pour faire prononcer leur union. Ce faisant, les intéressés commettent une violation internationale de la loi qui s'appliquait à eux, dans la mesure où cette loi prétend s'appliquer extraterritorialement ; et s'ils déduisent les conséquences de leur état nouveau dans le ressort de la loi évincée, celle-ci est en principe fraudée. Le problème de la fraude à la loi en matière de mariage est donc celui de la fraude à la loi sur la *capacité* de contracter mariage. Dans un système qui entend faire respecter la loi, cette capacité est soumise à la loi personnelle, qui suit l'individu dans ses déplacements provisoires, et la fraude à la loi du for est en principe sanctionnée par application de cette loi. Dans un tel système, on aura également le souci de respecter les lois étrangères dans leur domaine ; ceci se manifestera par le refus de célébrer le mariage de personnes non soumises à la loi locale, si un empêchement de leur loi personnelle s'y oppose, ainsi que par le refus de reconnaître la validité du mariage célébré dans un autre ressort en violation d'un tel empêchement. Cependant, deux facteurs s'opposent à l'application de ces principes : le premier est l'influence de l'écoulement du temps sur la détermination de la loi compétente ; le second est l'intervention de l'ordre public, particulièrement fréquente en cette matière, qui s'oppose à la sanction de la fraude à la loi étrangère.

(1) L'article 16 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme énonce le principe de la liberté nuptiale, mais réserve la condition d'âge : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, à la nationalité, ou à la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille ».

367. En matière d'état des personnes, l'écoulement du temps influe sur le caractère d'un conflit et, partant, sur la détermination de la loi la plus compétente (1). Une analyse particulière du mariage permet de confirmer cette observation. Selon une analyse traditionnelle, le mariage est un contrat et une institution. En soumettant en principe la capacité de contracter à la loi personnelle de chacun des époux, on fait prévaloir l'aspect contractuel du mariage sur l'aspect institutionnel. Cette attitude est raisonnable au moment de la célébration du mariage, parce que les seuls rattachements certains dont on dispose tiennent à la situation antérieure des intéressés. Cependant, la question de la loi applicable au mariage ne se pose pas seulement au moment de sa formation ; elle se pose aussi parfois des années après sa célébration, parce que sa validité est contestée. A ce moment, il paraît plus rationnel de prendre en considération l'aspect institutionnel du mariage pour déterminer la loi applicable : on ne devrait plus alors envisager la personne des époux séparément, mais le siège de leur relation, c'est-à-dire le domicile matrimonial (2). Et en cas de discordance entre la loi personnelle d'origine de tel époux, supposée méconnue, et la loi du domicile matrimonial, il paraît préférable que celle-ci, qui a acquis un titre prépondérant à gouverner la situation, l'emporte sur celle-là. Le principe peut difficilement être reconnu expressément, sous peine de voir les futurs époux frauder la loi en déclarant vouloir fixer leur domicile matrimonial au lieu de célébration ; mais il faut s'attendre que le droit positif confirme que dans les systèmes où la capacité de contracter mariage est soumise à la loi personnelle, le principe connaît de nombreuses atténuations, avouées ou implicites, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'un mariage célébré depuis un certain temps ; plus précisément, on constatera que la fraude à la loi est rarement sanctionnée. Inversement, dans un système où la validité du lien matrimonial est déclarée soumise à une autre loi que la loi personnelle des époux, par exemple à la loi du lieu de célébration, on ne prend en considération que l'aspect institutionnel du mariage et il n'est pas davantage possible de respecter les principes. En effet, en soumettant la capacité à la loi du lieu de célébration, on ouvre la porte à toutes les fraudes : il suffit de se déplacer le temps d'un bref séjour pour faire valablement ce qui est interdit par la loi locale. Une telle situation étant inacceptable, il s'avère nécessaire d'introduire la loi personnelle, sous une forme quelconque, pour sanctionner les cas de fraude patente : c'est la revanche du contrat sur l'institution. Par conséquent, l'influence du temps sur la détermination de la loi applicable conduira dans les différents systèmes à ne pas respecter les principes : le plus souvent pour ne pas sanctionner une violation internationale

(1) *Supra*, n^{os} 35 et s.

(2) Pour la doctrine américaine, le mariage est assimilé à une *res*, localisée au domicile matrimonial ; v. LEFLAR, *The Law of Conflict of Laws (Student's Edition)*, 1959, p. 305.

de la loi, que la soumission de la capacité matrimoniale à la loi personnelle amène à constater ; parfois pour sanctionner une violation internationale, qui est voilée par la soumission de la capacité à la loi du lieu de l'acte.

368. Le second facteur qui va inciter dans un grand nombre de cas à ne pas sanctionner une violation internationale de la loi en matière de mariage est l'intervention de l'ordre public. Pourtant, l'édiction d'une règle de conflit bilatérale en matière de capacité matrimoniale manifeste le souci de respecter les lois étrangères. Il est cependant permis de douter que ce souci se traduira jamais par la prévention et la sanction d'une fraude à la loi étrangère différente de la loi locale. En effet, la réglementation des empêchements au mariage est toujours conçue dans un esprit restrictif, en raison du principe de la liberté matrimoniale. En droit français, on distingue ainsi les empêchements prohibitifs des empêchements dirimants, la transgression des seconds seuls pouvant faire encourir l'annulation du mariage. En outre, le régime même de ceux-ci traduit la faveur au mariage, puisque dans la plupart des cas, l'exercice de l'action en nullité est enfermé dans des délais très brefs. C'est pourquoi à la distinction précitée, il paraît préférable de substituer pour la détermination de l'ordre public celle des empêchements *surmontables* et des empêchements *insurmontables*. Les premiers comprennent les empêchements prohibitifs et les empêchements dirimants sanctionnés par une nullité prescriptible ; un empêchement insurmontable est sanctionné par une nullité absolue et imprescriptible. Dans le système français, il n'en existe pratiquement qu'un : l'inceste (1). Les empêchements insurmontables manifestent exactement ce au-delà de quoi une communauté donnée refuse de faire prévaloir la liberté du mariage, pour des raisons d'intérêt social supérieures. Si l'on envisage la question du respect des lois étrangères à la lumière de cette analyse, il apparaît que quel que soit le principe formellement posé par une règle de conflit bilatérale, la plupart des systèmes répugneront à se conformer à un empêchement édicté par une loi étrangère et d'une nature inconnue de la loi locale, ou qui constitue d'après la loi locale un empêchement surmontable.

369. Une étude comparative doit permettre d'illustrer ces différents points. Elle portera sur le droit international privé français,

(1) En cas de parenté en ligne directe entre toutes personnes, et en ligne collatérale entre parents au deuxième degré ; au-delà, les empêchements sont surmontables par une dispense (v. les art. 161 à 164 C. civ.).

L'empêchement tenant à un précédent mariage est surmontable par le divorce ; encore faut-il que le mariage ait été *régulièrement* dissous, ce qui pose le problème du divorce en droit international privé. Son importance pratique est telle, que cette seule question doit faire l'objet d'une étude distincte (*infra*, Sous-Titre II).

anglais et américain. Le choix de ces trois systèmes se justifie parce que les rattachements choisis en matière de mariage sont différents : en France et en Angleterre, la capacité de contracter mariage est soumise à la loi personnelle, mais celle-ci est rattachée à la nationalité dans le premier cas, au domicile dans le second ; aux Etats-Unis, la validité du mariage est déclarée soumise, pour le fond comme pour la forme, à la loi du lieu de célébration. A partir de ces principes différents, l'examen du droit positif va révéler une remarquable similitude des solutions, qui réduit la différence des principes à une différence de technique juridique.

CHAPITRE I

LA FRAUDE A LA LOI ET LE MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS

370. En France, la capacité de contracter mariage est soumise en principe à la loi personnelle, qui est la loi nationale. En ce qui concerne les Français, la règle est exprimée par l'article 3 alinéa 3 du Code civil; en ce qui concerne les étrangers, elle résulte de la bilatéralisation de la règle de conflit opérée par la jurisprudence (1). Le premier principe traduit le souci d'assurer la permanence de l'autorité de la loi et impose donc l'annulation du mariage contracté par un Français en contravention d'un empêchement édicté par la loi française. Le second principe manifeste le souci de respecter les lois étrangères ayant un domaine d'application homologue, c'est-à-dire visant les nationaux; s'il apparaît cependant que dans tel cas la loi étrangère renvoie à la loi française, celle-ci accepte ce renvoi (2). Cependant, la loi française interne connaît un régime particulièrement indulgent des nullités de mariage et ce régime influe considérablement sur le traitement de la fraude à la loi du for (*Section I*). Il est inspiré par le souci de faveur au mariage et cette justification est valable quelle que soit la nationalité des intéressés; par conséquent, il est à prévoir que la fraude à la loi étrangère sera très rarement sanctionnée (*Section II*).

(1) V. l'Instruction générale du garde des Sceaux sur l'état civil, n° 473 (*Rev. crit.*, 1955.595 et éd. *J.O.*, mise à jour au 6 oct. 1970); *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Mariage*, par J.-M. BISCHOFF, n°s 12 et s.

(2) Instruction préc., n° 477 (*Rev. crit.*, 1955.597). Il y a là une première manifestation de la prépondérance de la loi du for, qui domine toute la matière du mariage en droit international privé.

SECTION I

LA FRAUDE A LA LOI FRANÇAISE

371. Le droit français connaît en matière de mariage une « règle de droit international privé matérielle » (1) : l'article 170 du Code civil qui dispose que le mariage de Français à l'étranger doit être précédé d'une publication en France. Ce texte soulève un problème capital au point de vue de la fraude, qui est de savoir si l'on doit sanctionner sa violation délibérée alors même que les empêchements dont l'existence a pu inciter les intéressés à contracter mariage à l'étranger ont disparu. Ce problème est le seul que pose la fraude à la loi française, car l'existence d'un empêchement de fond commande la sanction sans qu'il soit besoin de distinguer le mariage célébré à l'étranger du mariage célébré en France (2) (A). Il convient d'envisager les éléments de réponse au problème (B), avant d'en exposer la solution (C).

A. — DÉLIMITATION DU PROBLÈME : PORTÉE DE L'ARTICLE 170 DU CODE CIVIL.

372. Parmi les violations internationales de la loi, il en est qui se recommandent d'une particulière apparence de validité, en ce qu'elles satisfont formellement à une règle de conflit, dont le sujet a modifié l'élément de rattachement dans un but de fraude. En matière de mariage, ce type de violation consisterait de la part d'un Français à changer de nationalité pour pouvoir se marier sous l'empire d'une législation plus tolérante. Le cas s'est produit pour échapper à l'empêchement tenant à un premier mariage, et cela à l'époque où le divorce n'était pas admis en France (3). Hormis le cas de cet empêchement, qui n'est pas envisagé ici, il paraît sans exemple qu'un Français ait jamais changé de nationalité pour pouvoir se marier à l'étranger et revenir en France. Ceci s'explique aisément par différentes raisons. La première est que la plupart des empêchements frappent les très jeunes gens et que seul le Français majeur

(1) V. FRANCESCOAKIS, *La théorie du renvoi*, n° 12; *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Conflits de lois (principes généraux)*, n°s 12 et s.

(2) La portée seule de la sanction varie : elle doit être l'inopposabilité dans le premier cas, l'annulation dans le second. C'est improprement que l'on parle de l'« annulation » du mariage de Français irrégulièrement conclu à l'étranger.

(3) *Supra*, n°s 181 et s. *Addé* : Trib. civ. Seine, 30 déc. 1887, *Clunet*, 1889.463 ; bien que l'intéressé ait changé de nationalité, le refus de reconnaissance du second mariage se fonde sur ce qu'il a été conclu « en violation d'un statut auquel [l'intéressé] demeurerait soumis à l'étranger comme Français », et non sur l'exception de fraude.

peut répudier la nationalité française par l'acquisition d'une nationalité étrangère (art. 87 C. nat.). D'autre part, les empêchements dirimants édictés par la loi française sont en général sanctionnés par une nullité dont le délai d'action est enfermé dans des délais suffisamment brefs pour que le changement de nationalité apparaisse comme un moyen excessif pour le sujet de tourner la loi (1). S'agissant d'un empêchement insurmontable comme l'inceste, celui-ci est réduit à des limites tellement fondamentales, que l'on n' imagine guère qu'une législation étrangère soit plus tolérante; aussi est-il probable qu'aucun changement de nationalité ne permettrait d'y échapper. La fraude à la loi par changement de nationalité apparaît donc comme une hypothèse d'école, à laquelle il est inutile de s'arrêter (2).

373. En revanche, l'indulgence même du législateur en matière de prescription des actions en nullité de mariage peut inciter les individus, pratiquement les très jeunes gens, à contracter mariage à l'étranger en espérant que le fait accompli fera hésiter les personnes susceptibles d'invoquer l'irrégularité, à agir en temps utile. C'est pourquoi il n'est relativement pas rare que des Français contractent mariage à l'étranger au mépris de la loi française. Il se peut cependant que leurs prévisions soient démenties et que soit intentée en France une action en « nullité ». Deux cas sont alors à envisager. Dans le premier, l'empêchement auquel les intéressés entendaient se soustraire subsiste au moment de l'action, et la solution ne fait aucune difficulté : la violation de la loi sera sanctionnée, comme si les intéressés étaient parvenus à faire célébrer leur union en France. Dans le second cas, l'empêchement qui existait au moment de la célébration du mariage a disparu ; il semble alors que l'on devrait reconnaître la validité du mariage, toujours comme si celui-ci avait été célébré en France. Cependant, une difficulté particulière s'est élevée, du fait de l'existence de l'article 170 du Code civil, qui impose la publication en France du mariage célébré à l'étranger et dont on invoque parfois la méconnaissance alors même que les vices de fond ont disparu. A l'époque de l'exégèse, on aurait soutenu que dans tous les cas, l'inobservation des exigences prévues devait être sanctionnée (3). Ce point de vue a cependant été abandonné, en raison de sa sévérité excessive (4) ; il paraît en effet absurde de sanctionner un défaut de publication par le refus de reconnaissance

(1) V. les art. 183 et 185 C. civ.

(2) A l'étranger, v. Cour suprême d'Autriche, 7 mars 1883, *Clunet*, 1888.128. Un prêtre catholique et une jeune fille avaient obtenu la nationalité allemande pour contracter un mariage que la loi civile autrichienne interdisait, puis ils étaient revenus s'installer à l'endroit même où l'ecclésiastique avait exercé son ministère. A la demande de l'évêque, le mariage est déclaré de nul effet en Autriche. La solution paraît reposer sur l'exception de fraude, mais aussi, semble-t-il, sur ce que l'intéressé n'avait pas perdu la nationalité autrichienne.

(3) V. les références citées dans la note G. Holleaux au D., 1961.349.

(4) V. G. HOLLEAUX, note préc. ; *Rép. Lapradelle-Niboyet*, V^o *Mariage*, n^o 164.

d'un mariage alors qu'aucun empêchement de fond n'interdit celui-ci. Une seconde interprétation de l'article 170 du Code civil a alors été adoptée, qui est celle habituellement reçue. D'après celle-ci, le défaut de publication préalable doit être sanctionné s'il procède d'une intention frauduleuse des intéressés allant contracter mariage à l'étranger ; il ne doit pas l'être dans le cas contraire. Dans cette interprétation, on refusera donc de reconnaître la validité du mariage alors même que les empêchements de fond ont disparu, en raison d'une fraude des intéressés. Or une solution aussi répressive, bien qu'elle puisse se recommander d'arguments sérieux, appelle certaines réserves.

B. — L'OPPORTUNITÉ DE SANCTIONNER LA VIOLATION DE L'ARTICLE 170 DU CODE CIVIL.

374. *a) Arguments en faveur de la sanction.* — Le premier argument en faveur de l'interprétation actuelle de l'article 170 du Code civil est l'autorité de la loi. Celle-ci prévoit une publication préalable du mariage des Français, notamment pour empêcher que soit célébré un mariage irrégulier (1). On ne peut tolérer que des individus tournent la loi en allant se marier à l'étranger et le meilleur moyen de prévenir de telles fraudes est d'adopter une attitude répressive, quand bien même les empêchements de fond ont disparu. Si les intéressés savent que leur mariage est à tout moment susceptible d'être déclaré inopposable, la pratique du mariage à l'étranger cessera et les individus attendront en France d'avoir l'âge requis, ou l'autorisation de leurs ascendants. Cette solution s'impose d'autant plus qu'il s'agit d'une fraude par recours à une loi étrangère et que, comme on l'a fait remarquer, la loi française n'ayant pas les moyens de se prémunir contre les possibilités ouvertes par les lois étrangères a besoin contre elles d'une particulière protection (2). D'autre part, l'argument tiré de ce que l'action en nullité pour vice de fond ne pourrait plus être exercée n'est pas toujours convaincant. Il se peut par exemple que les ascendants dont le consentement a été négligé soient décédés sans avoir eu connaissance du mariage ; ou que leur première réaction ait été de ne pas agir en nullité pour éviter le scandale, ce qui peut leur interdire d'agir ultérieurement, alors que l'intérêt de la famille s'avère être de faire annuler le mariage (v. l'art. 183 C. civ.). Ainsi, s'incliner devant la fraude parce que le droit interne a prévu un régime d'indulgence, ce peut être permettre aux transfuges de « spéculer sur la force

(1) Il convient également de mentionner la possibilité d'une opposition à mariage ; mais cette possibilité paraît négligeable, l'institution étant en pleine décadence.

(2) CARBONNIER, cité *supra*, n° 5.

d'inertie qu'opposent aux protestations les situations acquises» (1). Enfin, on peut faire observer que la publication sert d'autres fins que la prévention des violations de la loi de fond. Elle poursuit une fin propre, qui est de renseigner les tiers sur le fait social important que constitue le mariage (2); il est donc souhaitable que les tiers puissent attaquer un mariage clandestin qui les lèse, comme en témoigne un exemple jurisprudentiel. Un homme vivait maritalement avec une femme dont il avait eu plusieurs enfants, par lui reconnus. Il se rendit dans l'île de Jersey pour contracter mariage avec une autre femme, sans publier cette union, et revint aussitôt à Paris avec sa concubine. A sa mort, la femme qu'il avait épousée en Angleterre voulut faire transcrire le mariage sur les registres de l'état civil. A la demande de la concubine, qui venait peut être de découvrir l'existence de cette union, le mariage fut déclaré de nul effet en France : « Attendu que G. et la défenderesse ne se sont rendus à Saint-Hélier ... que pour y contracter en fraude de la loi française un mariage clandestin, qu'ils voulaient cacher, et qu'ils ont en fait caché à tous ceux qui pouvaient avoir intérêt à le connaître; qu'en conséquence le mariage est nul, et qu'il y a lieu de faire droit à la demande de la demoiselle G. » (3). L'espèce montre que la publication sert d'autres fins que le respect des conditions de fond du mariage et qu'il est parfois utile de sanctionner la violation de l'article 170 du Code civil, la clandestinité du mariage poursuivant presque toujours un but frauduleux (4). Néanmoins, un certain nombre d'arguments militent contre la sanction de la violation intentionnelle de l'article 170 du Code civil.

375. b) Arguments contre la sanction. — L'argument essentiel qui milite contre la sanction spécifique de la fraude est l'inconvénient d'annuler un mariage alors que l'esprit de la législation est de res-

(1) DESBOIS, obs. à la *Rev. trim. dr. civ.*, 1963.529.

(2) V. Paris, 9 juill. 1853, S., 1853.2.401 : « Considérant ... que la publicité est une des conditions essentielles du mariage; qu'elle importe au plus haut degré à la société, à la sécurité des familles et des contractants, à la dignité même du mariage ».

(3) Trib. civ. Seine, 23 nov. 1910, *Rev. dr. int. pr.*, 1911.377.

(4) Martin envisageait le cas où deux Français *capables* iraient se marier à l'étranger dans le seul but de se soustraire à la publication de la loi française (*Principes*, t. 1, n° 99). On pourrait penser que c'était là une hypothèse d'école, si le cas ne s'était présenté aux tribunaux où « les deux parties avaient la volonté très arrêtée de tenir secret ce mariage qui n'était, dit [le mari], qu'une affaire de conscience, et qu'elles ne voulaient qu'un mariage anglais, rien de plus, qu'ils (*sic*) entendaient laisser ignorer en France »; ce mariage fut déclaré « nul » (Req., 3 janv. 1906, *Clunet*, 1906.1149).

Un *dictum* de la Cour de cassation dans un arrêt plus récent paraît réserver la possibilité d'annuler ainsi un mariage pour *seul* défaut de publication : « Bien qu'un mariage contracté par un Français à l'étranger ... soit entaché de clandestinité pour n'avoir [pas] été précédé de la publication prévue par le Code civil..., il ne peut cependant être annulé, les conditions de fond se trouvant remplies, dès lors que les époux n'ont pas éludé la publicité légale dans l'intention de cacher leur union... » (Civ., 16 juin 1959, *Bull. civ.* I, n° 300, p. 250).

treindre autant qu'il est possible les cas de nullité. La volonté de la loi est clairement de maintenir les situation acquises. C'est pourquoi elle a édicté un régime des nullités qui enferme les actions dans des limites étroites; on peut alors penser que la loi « n'a pas à être vengée lorsqu'elle a pardonné » (1). Si regrettable qu'il soit de voir la loi s'incliner devant le fait accompli, surtout lorsque celui-ci procède d'une fraude, il n'en demeure pas moins que le législateur a fait un choix et que celui-ci est indiscutablement en faveur du maintien des situations acquises. En édictant un régime des nullités extrêmement restrictif, il n'entendait sans doute pas que celui-ci soit circonvenu par le biais de l'article 170 du Code civil, lequel n'édicte qu'une condition de forme. Il paraît donc contraire à l'esprit du législateur d'annuler un mariage par application de ce texte, sous le prétexte de sanctionner une fraude (2). Il y a même davantage, car une attitude répressive peut être mise à profit par les individus dans un but contraire à la loi, comme l'illustre la jurisprudence. Deux Français s'étaient mariés en Angleterre sans faire précéder leur union de la publication prescrite et sans avoir obtenu les autorisations nécessaires. Peu de temps après, ils revinrent en France où ils vécurent comme mari et femme et eurent cinq enfants. Vingt-sept ans plus tard, le mari contracta un second mariage. Poursuivi pour bigamie, il invoqua en défense la nullité de son mariage anglais, pour clandestinité, et ce moyen fut accueilli en première instance. On peut voir dans une telle décision un contre-sens; s'il y avait une fraude à sanctionner, ce n'était pas le fait de n'avoir pas procédé à un affichage trois décennies plus tôt, mais celui de « se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, [rendant] ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif » (3). La règle obligatoire était dans ce cas la loi pénale et le moyen frauduleux l'article 170 du Code civil. Cependant, un moyen n'est jamais efficace que parce que le juge le veut bien, et il lui appartient d'interpréter la loi (le moyen) de manière que celui-ci ne soit d'aucun secours au fraudeur. C'est ce que fit dans l'espèce envisagée la Cour d'appel de Rennes, qui infirma le jugement aux motifs que l'« on ne saurait voir dans le défaut de publication un motif suffisant pour prononcer la nullité du mariage » et qu'« aux termes de l'article 184 du Code civil les seules causes qui vicient le mariage d'une nullité radicale et d'ordre public sont les infractions concernant l'âge requis pour contracter mariage, l'existence d'un mariage antérieur non dissous, ou l'existence de liens de parenté ou d'alliance au degré prohibé » (4).

(1) MALAURIE, note sous Paris, 2 déc. 1966, *Rev. crit.*, 1967.530.

(2) En droit interne, il ne paraît exister qu'un seul exemple où un mariage ait été annulé pour seule clandestinité frauduleuse, et alors même que les intéressés avaient la possession d'état d'époux (v. l'art. 196 C. civ.) : Paris, 9 juin 1941, *J.C.P.*, 1942.II.1936, note Voirin.

(3) Selon la définition de la fraude donnée par VIDAL, *op. cit.*, p. 208.

(4) Rennes, 12 janv. 1933, *Gaz. Pal.*, 1933.I.691.

La décision doit être approuvée pour la même raison de moralité qui inspirait les premiers juges, mais qui leur avait dicté une solution manifestement contraire à l'équité. Plus récemment, la Cour de Paris a annulé dix-huit ans après sa célébration un mariage conclu en Israël par un Français alors qu'il était incapable, par application de l'article 170 du Code civil, et ce à la demande de l'intéressé lui-même (1). A ce type de décision on peut préférer celles qui ont repoussé des demandes en nullité dans des cas où les mobiles du demandeur étaient sans doute étrangers au souci de voir la loi respectée. Par exemple, un arrêt de la Cour de Paris a décidé qu'une connaissance de fait par la famille et les amis du projet de mariage pouvait suppléer une publication régulière et la notification d'acte respectueux (2). Hors le cas de fraude, de nombreuses décisions ont refusé de prononcer la nullité d'un mariage pour violation de l'article 170, dans des conditions où la violation de ce texte n'était manifestement qu'un prétexte invoqué pour mettre fin à une union autrement régulière (3). Il n'y a guère de raison de donner une solution différente dans le cas où les intéressés se sont délibérément rendus à l'étranger pour se marier. Une solution répressive dictée par la « haine » de la fraude sera dans la plupart des cas malencontreuse.

376. c) Synthèse. — Il apparaît donc d'une part souhaitable de pouvoir sanctionner une violation délibérée de l'article 170 du Code civil parce que, perpétrée par le recours à une loi étrangère, elle est une source de subversion pour l'ordre juridique interne; mais d'autre part, qu'une application systématique de la sanction interviendra dans la plupart des cas à contre-temps, parce qu'à un moment où la loi de fond n'est pas méconnue dans ses intérêts essentiels et parce que le demandeur poursuit des fins étrangères au but visé par la loi. Il convient donc de rechercher le moyen de ne pas sanctionner la violation invoquée de l'article 170 du Code civil lorsque les vices de fond ont disparu, tout en se ménageant un moyen de déclarer éventuellement le mariage étranger inopposable dans le même cas. On songe à l'adage *Nemo auditur*, qui permettrait de repousser la demande du sujet invoquant sa propre fraude (4). Cependant, ce moyen ne permettrait que de repousser

(1) Paris, 2 déc. 1966, *Pêcheux, Rev. crit.*, 1967.530, note Malaurie; *J.C.P.*, 1967.II.15278, obs. R. B.; *Clunet*, 1968.705, note Audit.

(2) Paris, 13 juill. 1905, *Clunet*, 1906.426.

(3) V. par ex. Alger, 3 févr. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.1.656 (dans cette espèce, la fraude n'était pas alléguée, mais pour ne pas sanctionner la méconnaissance de l'article 170, les juges se sont fondés sur ce que les parties n'avaient pas de domicile en France); Civ., 9 déc. 1953, *Rev. crit.*, 1954.389, note Loussouarn (un Français, prisonnier de guerre, avait épousé une Allemande pour légitimer l'enfant commun; de retour en France, il s'était remarié, et il tentait de faire déclarer son premier mariage nul pour défaut de publication); Civ., 13 févr. 1961, D., 1961.349, note Holleaux; *Clunet*, 1961.1094, note B. G.

(4) Rappr. l'exigence en *common law* selon laquelle le demandeur qui invoque un remède d'*equity* doit se présenter avec des *clean hands*, et v. une application de ce principe pour rejeter la demande en annulation formée par le fraudeur : *Carr v. Carr* 104 NYS 2d 269 (Sup. Ct. 1951).

l'action de fraudeur lui-même, et non celle d'un tiers. D'autre part, en y recourant, on accumule les solutions détachées d'un texte : d'une part en fondant en principe la sanction de l'article 170 du Code civil sur la fraude, ce qui ne figure pas dans le texte, d'autre part, en faisant exception à cette règle par un adage coutumier. Une solution rattachée à un texte paraît préférable. On peut trouver celle-ci dans l'article 196 du Code civil que la jurisprudence, en le sollicitant, oppose aux demandes en nullité pour vice de forme : « Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état-civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de l'acte ». En appréciant la possession d'état, les tribunaux pourraient rendre la solution la plus opportune (1). Cependant, il est des cas où il n'est pas possible de solliciter les faits au point de voir une possession d'état là où il n'y en a pas. D'autre part, l'article 196 ne peut constituer une fin de non-recevoir qu'à l'action en nullité intentée par l'un des époux, car sur ce point au moins la jurisprudence applique le texte à la lettre (« les époux sont *respectivement* non recevables ... ») et ne permet pas qu'on l'oppose à un tiers. Ce moyen offre donc sur ce point le même inconvénient que la règle *Nemo auditur*. Tout en reconnaissant ainsi la nécessité d'une attitude souple quant à l'appréciation de la validité du mariage contracté à l'étranger par des Français pour se soustraire à l'application de la loi française, on constate qu'il est difficile de fonder la solution en droit. On remarque que les difficultés viennent de ce que l'on a fait de la fraude l'élément décisif de la sanction, alors que ce sont les mobiles du demandeur en annulation qui devraient être pris en considération. En d'autres termes, la question ne devrait pas être de savoir si les intéressés se sont mariés à l'étranger pour faire fraude à la loi française, mais si la clandestinité du mariage a lésé un intérêt légitime du demandeur en inopposabilité. Une décision rendue selon ce critère a l'avantage de servir les buts propres visés par la publication, et eux seuls, alors qu'une sanction fondée sur la fraude viserait à faire respecter une loi de fond qui par hypothèse n'est plus violée. Or la solution suggérée se trouve également être la mieux justifiable en droit, par une simple lecture des textes.

C. — SOLUTION DU PROBLÈME.

377. L'objet de la recherche est le moyen de rendre une solution en équité face à une violation de l'article 170 du Code civil tout en se réclamant autant que possible de l'application des textes. Il se

(1) Comp. Req., 7 janv. 1929, S., 1929.1.104, refusant d'opposer l'article 196 à une action en nullité pour clandestinité, faute de possession d'état, malgré dix-sept ans de vie commune, et Civ., 1^{er} août 1930, D., 1931.1.69, note Lalou, où l'exception tirée de la possession d'état est admise. Pourtant, dans l'un et l'autre cas, le défaut de publication procédait d'une intention frauduleuse.

trouve qu'exceptionnellement, en cette matière, le Code civil permet au juge de rendre la solution la plus appropriée à l'espèce. C'est ce qui ressort de la lecture des articles 193, 63 et 165 combinés, desquels on déduit que les nullités pour vice de forme sont des nullités *facultatives* : l'article 193 prévoit en effet que les contraventions aux règles de publicité ne soient pas « jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage » (1). Ce texte fournit donc toute latitude au juge pour se prononcer selon l'équité au moment où la demande lui est présentée ; il le fera notamment en appréciant les mobiles du demandeur, et non en fonction de l'état d'esprit des parties au moment du mariage (2). On peut donc répudier l'interprétation de l'article 170 selon laquelle ce texte édicterait un empêchement simplement prohibitif, exceptionnellement sanctionné eu raison de la fraude. Cette vue repose sur une assimilation de la condition de publication d'un mariage célébré à l'étranger à la condition de publication d'un mariage célébré en France. L'assimilation vient sans doute de ce que dans l'un et l'autre cas, on qualifie le défaut de publication de « clandestinité ». Mais il paraît nécessaire de distinguer sur certains points les deux hypothèses. En particulier, il est difficile de considérer l'article 170 du Code civil comme établissant un empêchement simplement prohibitif. Par définition, un tel empêchement est préventif ; on doit s'assurer qu'il n'existe pas *au moment de la célébration*, parce que s'il y est passé outre, on ne reviendra pas sur la validité du mariage. Or cela est impossible pour la publication prévue par l'article 170, puisque, par hypothèse, aucun officier de l'état civil français n'intervient. On ne saurait attendre du célébrant étranger qu'il veille au respect d'une formalité imposée par le législateur français (3). Il faut donc voir dans l'empêchement édicté par l'article 170 un empêchement dirimant, mais sanctionné par une nullité facultative. Celle-ci sera exceptionnellement prononcée dans le cas où la clandestinité du mariage aura lésé un intérêt légitime du demandeur, et non pour sanctionner (le plus souvent à contretemps) une fraude des intéressés. Pratiquement, le meilleur moyen de faire respecter l'article 170 du Code civil paraît être une application rigoureuse de l'amende civile prévue à l'article 192 *in fine*.

378. La réfutation de l'interprétation dominante de l'article 170 du Code civil est exemplaire pour la théorie de la fraude. Cette interprétation, qui fait de la notion de fraude le fondement de l'application de ce texte, conduit à des résultats plus choquants que la conduite que l'on prétend sanctionner. Cette situation tient à un défaut d'analyse de la notion de fraude. Ce que les tribunaux enten-

(1) En ce sens MAZEAUD, t. I, vol. 3, nos 794 et 795.

(2) Rappr. NIBOYET, t. 6, n° 1587, p. 40 et 41.

(3) En ce sens, NIBOYET, *op. et loc. cit.* De la même manière, un officier de l'état civil français ne tient pas compte d'une publicité imposée par une loi étrangère (*infra*, n° 383).

dent réprimer, lorsqu'ils déclarent un mariage inopposable pour « fraude », c'est la conduite des intéressés au moment du mariage, lequel remonte parfois à des années. Ce faisant, on n'envisage la fraude que dans son aspect actif. Si l'on prend en considération l'aspect passif de la fraude, c'est-à-dire si l'on se place non plus au point de vue de l'agent mais à celui de la loi méconnue, il apparaît que celle-ci ne connaît qu'une violation secondaire, voire formelle, lorsque la clandestinité n'a lésé aucun intérêt. Or dans le conflit entre l'intérêt de maintenir le mariage alors que les vices de fond ont disparu et celui de respecter l'article 170 du Code civil, on fait prévaloir le second, alors que ce texte n'a qu'un intérêt moindre à recevoir application. Ce faisant, on s'expose à entériner une nouvelle fraude à la loi. On remarque que celle-ci est une fraude de droit interne. L'exemple démontre ainsi l'unité de la notion de fraude entre le droit interne et le droit international privé. Dans les deux cas, il s'agit pour le sujet d'exploiter un *faux conflit* (ici entre l'art. 170 C. civ. et les textes sur la confirmation d'un mariage nul), et à faire appliquer par le juge celle des deux règles dont l'intérêt à s'appliquer est moindre. On ne saurait trouver de meilleure illustration à la théorie de la fraude à la loi que le problème posé par l'article 170 du Code civil.

379. L'étude de la fraude à la loi du for en matière de mariage en droit international privé français montre donc que la manipulation volontaire de l'élément de rattachement, et par conséquent l'exception de fraude à la loi, ne jouent aucun rôle, dans une matière où cependant elles sont théoriquement concevables. La fraude à la loi, si l'on veut employer cette expression, n'est qu'une violation internationale de la loi (1). Pour la sanctionner ; il n'est pas utile de viser particulièrement la conduite des individus qui se sont volontairement soustraits à l'application de la loi française. Au contraire, une sanction systématique de la « fraude » risque de conduire dans certains cas à un résultat malencontreux. Le seul rôle que peut jouer la *fraus*, en cette matière, est d'apporter un renfort à l'argument selon lequel la clandestinité du mariage célébré à l'étranger avait pour but de léser l'intérêt d'un tiers ; si tel n'est pas le cas, il n'y a sans doute pas lieu de parler de fraude et encore moins de la sanctionner comme telle. Enfin, l'existence en droit français d'une règle de droit international privé « matérielle » permet de mettre en évidence l'unité de la notion de fraude à la loi en droit interne et en droit international privé.

(1) La confusion entre la fraude et l'exception de fraude avait été perçue par Niboyet, à propos du mariage (НИБОУЕТ, t. 3, n° 1085, p. 645), sans toutefois que la portée de la distinction soit développée : toute fraude peut être sanctionnée directement, par interprétation de la loi, et l'exception de fraude n'est *jamais* le remède providentiel venant combler une lacune de la loi (v. *supra*, I^{re} Partie, Chap. III).

SECTION II

LA FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE

380. Conformément au schéma général, il convient d'envisager successivement la célébration d'un mariage en France et l'appréciation de la validité d'un mariage célébré à l'étranger, dont on allègue qu'il a été contracté en fraude à une loi étrangère (1). Dans les deux cas, il va apparaître que l'ordre public du for s'impose et commande la solution, même s'il n'est pas expressément invoqué (2).

A. — CÉLÉBRATION D'UN MARIAGE EN FRANCE.

381. — La règle de conflit française donne compétence à la loi nationale des parties pour déterminer l'aptitude à contracter mariage. Il importe donc de rechercher quelles précautions sont prises pour éviter de prononcer le mariage d'étrangers en fraude de leur loi personnelle. La réponse se trouve essentiellement dans l'Instruction générale du garde des Sceaux sur l'état civil, du 21 septembre 1955 (3). Dans ses articles 472 et suivants, l'Instruction fixe les règles relatives à la célébration en France du mariage de deux étrangers, ou d'un Français et d'un étranger. On y trouve des conditions relatives au *séjour* des étrangers en France préalablement à la célébration de leur mariage ; puis des instructions relatives au respect des conditions de *forme*, françaises et étrangères ; enfin et surtout, l'Instruction se prononce sur le respect des conditions de *fond* édictées par les lois étrangères. Il convient d'envisager successivement ces trois points, en complétant l'étude de l'Instruction par celle de la jurisprudence sur la validité d'un mariage célébré en France en violation d'une loi étrangère.

382. 1) *La condition de séjour* (4). — L'Instruction distingue deux catégories d'étrangers, en ce qui concerne la possibilité de contracter mariage en France. La première est constituée par les résidents privilégiés et les résidents ordinaires. Ces personnes peuvent contracter mariage en France sans formalité, sur la seule présentation de leur carte de séjour ; ceci s'explique par le fait que l'attribution de cette carte suppose un établissement d'une certaine durée.

(1) *Supra*, n° 218.

(2) *Supra*, n° 368.

(3) *J.O.* du 22 sept. 1955, p. 9322 ; *Rev. crit.*, 1955.574 et éd. *J.O.*, mise à jour au 6 oct. 1970 (ci-après Instr. gén.).

(4) Instr. gén., n°s 482 à 484.

La seconde catégorie est celle des résidents temporaires et des étrangers ne séjournant en France qu'en vertu d'un simple passeport. La fraude est davantage à craindre de la part de ces personnes, puisqu'elles n'ont en France qu'un établissement précaire et doivent normalement regagner leur pays dans un avenir proche. Aussi une autorisation de contracter mariage en France est-elle prévue pour elles par l'Ordonnance du 2 novembre 1945 (art. 13) ; l'autorisation est délivrée par le préfet du département du lieu de résidence de l'intéressé. Cependant, il ressort d'une circulaire ministérielle, à laquelle se réfère l'Instruction générale, que cette exigence a pour but d'empêcher que des étrangers indésirables ne tentent de se fixer sur le sol français en contractant mariage avec un ressortissant, ce qui rendrait leur expulsion malaisée (1). Il apparaît donc que la fraude que cette disposition vise à prévenir n'est pas la fraude à la loi étrangère, mais la fraude à la loi française (2). Mais il se trouve que par l'obstacle que cette disposition oppose au mariage des étrangers en France à la faveur d'un bref séjour, son effet est de prévenir la fraude à la loi étrangère (3).

383. 2) *Les conditions de forme* (4). L'Instruction générale prévoit que les bans doivent être publiés conformément à la loi française ; il y a là une simple application de la règle *Locus regit actum*. Mais on sait qu'il existe en droit français une disposition particulière relative au mariage de nationaux à l'étranger, l'article 170 du Code civil. Il est à prévoir que certaines législations étrangères connaissent des dispositions analogues. A cet égard, l'Instruction précise que l'officier d'état civil n'a pas à s'assurer qu'une publication prescrite par la loi étrangère a été effectuée (n° 481). On écarte ainsi délibérément le souci de respecter la loi étrangère, dans des conditions qui justifient cependant cette mesure ; on ne peut demander à un fonctionnaire de s'assurer de l'existence et du respect d'une formalité édictée par une loi étrangère (5). Il se peut cependant qu'un mariage une fois célébré, la nullité en soit demandée pour violation d'une disposition étrangère analogue à l'article 170 du Code civil. Le cas s'est présenté devant le Tribunal de la Seine, qui a refusé de faire droit à la demande (6). Le tribunal paraît s'être fondé sur ce que les condi-

(1) Instr. gén., n° 482.

(2) Rappr. les mesures prises pour empêcher qu'un étranger n'acquière la nationalité française par mariage avec un conjoint Français, *supra*, n° 298.

(3) De la même manière, la condition de stage préalable à la naturalisation vise avant tout à ne pas permettre à des étrangers insuffisamment intégrés d'entrer dans la nationalité ; mais son effet est également de prévenir la fraude à la loi étrangère (v. *supra*, n° 330). Dans les deux cas également, si une condition de délai suffisante est respectée, l'application de la loi locale est justifiée et l'on ne peut exactement parler de fraude à la loi étrangère.

(4) Instr. gén., nos 479 à 481.

(5) *Supra*, n° 377. Des accords peuvent cependant prévoir le respect de telles dispositions ; v. l'accord entre la France et l'Italie, cité par l'Instr. gén., n° 481.

(6) Trib. civ. Seine, 6 déc. 1949, *J.C.P.*, 1950.II.5299, note J. M.

tions de forme d'un mariage célébré en France sont fixées par la loi française à l'exclusion de toute autre. Il a relevé également que les intéressés avaient la possession d'état d'époux ; on peut en inférer que la clandestinité invoquée n'était pour les époux qu'un prétexte destiné à faire rompre leur union par l'annulation plutôt que par le divorce. Dans cette mesure, la décision peut être pleinement approuvée (1).

384. 3) Les conditions de fond (2). — La question des empêchements de fond édictés par la loi étrangère est évidemment la plus importante, car si des étrangers se rendent en France afin de contracter mariage en fraude de leur statut personnel, ce sera pour échapper à un tel empêchement plutôt qu'à une exigence de forme. Lorsque la loi nationale des époux, compétente d'après la règle de conflit bilatérale française, paraît renvoyer à la loi française, celle-ci accepte ce renvoi (3). Le problème de la fraude possible à la loi étrangère se pose notamment lorsque le statut personnel des intéressés est rattaché à leur loi nationale. Si la loi étrangère est connue et qu'elle est analogue à la loi française, toute crainte de fraude est à écarter. Il en est de même si la loi étrangère apparaît *plus permissive* que la loi française. La manière dont l'Instruction générale traite ce cas doit cependant être relevée, car elle illustre bien les deux facteurs qui dominent la question du mariage en droit international privé, à savoir la faveur au mariage et la prééminence de l'ordre public local. Lorsqu'un étranger se réclame d'une loi plus permissive que la loi française, l'officier de l'état civil doit exiger la production d'un certificat de capacité matrimoniale ou d'un certificat de coutume (4). On peut penser que dans de nombreux cas, sur le vu d'un tel certificat, le mariage sera célébré ; par exemple, s'il apparaît que la loi étrangère ne prévoit pas d'autorisation des ascendants pour les mineurs de vingt-et-un ans. Ainsi se manifeste la faveur au mariage, en vertu de laquelle on laisse produire effet à une loi étrangère plus permissive que la loi française. Dans le cas où les facilités accordées par la loi étrangère apparaîtraient contraires à l'ordre public français (on peut envisager le mariage de très jeunes enfants ou une union polygamique), l'Instruction de 1955 prévoyait que l'officier de l'état civil devait refuser de célébrer le mariage ou, en cas de doute, solliciter l'avis du Parquet. Il était aisé de prévoir que seules

(1) Le premier avant-projet de codification du droit international privé avait prévu la sanction des règles étrangères sur la publicité. Dans une rédaction ultérieure, la sanction de la fraude à la loi étrangère fut prévue en termes généraux (art. 57), ce qui pouvait embrasser ce cas particulier. Mais c'est normalement la question de fond qui doit dominer le débat. V. *La codification du droit international privé*, Dalloz, 1956.

(2) Instr. gén., nos 473 à 478.

(3) Instr. gén., n° 477. Il convient toutefois de souligner qu'une interprétation libérale du renvoi opéré par la loi étrangère peut conduire à une application abusive de la loi locale.

(4) Instr. gén., n° 474.

seraient écartées dans ce cas les lois étrangères n'édicte pas un empêchement que l'on a qualifié d'insurmontable en droit français (1) : cela se réduit à certains cas d'inceste, à l'existence d'un précédent mariage non dissous (sous réserve de la manière dont on apprécie la validité d'un divorce prononcé à l'étranger) (2) et au très jeune âge (sous réserve du cas où la femme a conçu). Il est significatif qu'une modification de l'Instruction générale ait expressément prévu ces cas (3). Il apparaît donc que l'ordre public « minimal » de la loi française représente également l'ordre public « international ». Cette constatation ne doit pas surprendre : le principe de faveur au mariage implique qu'il puisse être passé outre à tout ce qui n'est pas absolument interdit à toute personne et en toute circonstance (4). C'est donc lorsque la loi personnelle des époux est *inconnue*, ou lorsqu'elle apparaît *plus stricte* que la loi française, que se pose le problème de la fraude à la loi étrangère. Et ce problème peut être soulevé d'une part au moment de la célébration du mariage, d'autre part lors d'une action tendant à faire annuler un mariage célébré en France en violation d'une loi étrangère.

385. a) La célébration du mariage. La règle de conflit française paraît imposer le respect de la loi étrangère. Pourtant, l'Instruction générale dispose que l'officier d'état civil n'est tenu que de « conseiller » aux futurs époux de produire un certificat de coutume ; et s'il n'en est pas produit, ou si le document révèle une incapacité au regard du statut personnel, l'officier de l'état civil doit néanmoins célébrer le mariage, dès lors que les intéressés persistent dans leur projet et que les conditions exigées par la loi française interne sont remplies. Le célébrant avertira seulement les requérants que leur union risque de ne pas être reconnue à l'étranger (art. 475). Ces dispositions sont significatives. Elles constituent une sévère entorse au principe de la loi nationale, mais qui est aisément explicable. Les conditions édictées par la loi française sont nécessairement considérées comme suffisamment raisonnables pour que l'on permette à tous ceux et celles qui sont empêchés de se marier d'après leur loi personnelle de vivre en France comme époux. Il y a là une manifestation remarquable de la territorialité en matière de droit

(1) V. *supra*, n° 368.

(2) V. Instr. gén., n° 478.

(3) V. Instr. gén., n° 474, éd. J.O., mise à jour au 6 oct. 1970, p. 225. Le texte nouveau vise la polygamie, même si le statut personnel la déclare licite, les lois fixant la puberté à un âge inférieur à celui de la puberté naturelle et le mariage entre parents et alliés au degré prohibé en France et dans les cas où aucune dispense n'est prévue par la loi française. Le texte vise encore l'inobservation du délai de viduité, pour éviter les conflits de paternité. Ceci s'explique aisément parce que cet empêchement, qui n'a pour effet que de retarder le mariage de quelques semaines, ne heurte pas le principe de la liberté du mariage.

(4) Rappr. BATIFFOL-LAGARDE, n° 415, p. 39-40 (t. 2), mentionnant le « minimum élémentaire » auquel le souci français d'éviter les nullités de mariage a réduit les exigences légales.

des personnes, que le rattachement apparemment exclusif à la loi nationale a pour effet de voiler (1). Cependant, l'Instruction générale ajoute elle-même que l'union célébrée en France, et valide d'après la loi française, « pourrait être éventuellement annulée en France ». Il importe de rechercher si cette affirmation recouvre une réalité, ou si elle n'est qu'une expression supplémentaire d'un principe non respecté.

386. b) L'appréciation de la validité du mariage. Il est permis de penser que les tribunaux français annuleront rarement un mariage célébré en France et valide d'après la loi française, pour sanctionner la violation d'un empêchement édicté par la loi étrangère. Ils ne le feront que si les époux sont immédiatement retournés dans le ressort de leur loi personnelle, démontrant ainsi leur intention de faire fraude à la loi. Mais pratiquement dans ce cas, c'est à l'étranger que sera invoquée l'inopposabilité du mariage français, et non en France qu'en sera demandée l'annulation. Aussi bien les recueils de jurisprudence ne paraissent-ils fournir aucun exemple illustrant l'hypothèse envisagée. En revanche, si les époux se sont établis en France, il est à peu près certain que l'annulation du mariage ne sera pas prononcée. En effet, si l'empêchement édicté par la loi étrangère est *de même nature* qu'un empêchement édicté par la loi française, mais plus sévère dans ses modalités (âge supérieur, par exemple), il est douteux que les tribunaux soient amenés à prononcer la nullité du mariage : le plus souvent, l'action en nullité sera rapidement couverte par la prescription. Si elle ne l'était pas parce que l'empêchement est imprescriptible d'après la loi étrangère, la disposition serait déclarée contraire à l'ordre public français. Par là on aborde une deuxième série d'hypothèses, concernant les empêchements *d'une nature inconnue* de la loi française : il n'est pas douteux que ceux-ci seront écartés au nom de l'ordre public et de la liberté nuptiale (2). Dans ces conditions, l'avertissement donné par l'officier d'état civil aux futurs époux apparaît bien platonique.

387. Malgré la rareté de la jurisprudence relative à la fraude, une question précise permet de vérifier que la sanction d'un empêchement inconnu de la loi française ne sera pas normalement prononcée par un tribunal français : celle des *mariages confessionnels*. Certaines législations étrangères imposent, à titre d'exigence de fond, une célébration religieuse du mariage et la question s'est trouvée posée de la validité de mariages civils célébrés en France entre nationaux des pays concernés. Si quelques décisions ont annulé de tels mariages, les décisions en maintenant la validité sont largement majoritaires, et sont les plus récentes (3). Plutôt

(1) *Supra*, n° 35.

(2) En ce sens, BATIFFOL-LAGARDE, n° 416.

(3) V. LOUSSOUARN, n° 446 ; BATIFFOL-LAGARDE, n° 422.

que d'invoquer l'ordre public français, la Cour de cassation a déclaré que la question du caractère civil ou religieux du mariage était une question de forme, par suite dépendant de la loi locale (1). Il est permis de ne voir là qu'un expédient, dicté par le souci extrêmement louable de ménager les susceptibilités : car il n'est pas douteux que pour la loi étrangère, la célébration religieuse du mariage est une question de fond, et la qualification *lege fori* n'est qu'un moyen discret d'écarter la loi étrangère que l'on déclare compétente en principe (2). Il s'avère une fois de plus que l'ordre public interne marque à la fois en cette matière la limite « supérieure » et la limite « inférieure » de l'ordre public international.

388. L'examen d'une autre question confirme la thèse selon laquelle l'ordre public du for règle en toute hypothèse la question de la validité du mariage dont on invoque l'irrégularité selon une loi étrangère. Dans tout ce qui précède n'a été envisagé que le cas du mariage de deux étrangers. Mais il se peut que l'un des époux soit Français et que l'empêchement édicté par la loi étrangère s'applique à lui (empêchement « bilatéral ») ; on cite le cas de la loi suédoise qui interdit le mariage des personnes atteintes de certaines affections et qui pourrait s'appliquer au conjoint étranger d'un national (3). En France, le cas s'est posé maintes fois de l'application de la loi espagnole qui interdit aux nationaux d'épouser des étrangers divorcés (4). Le problème des mariages confessionnels est de même nature (5). Dans tous ces cas, on peut estimer que la validité doit l'emporter, la loi étrangère n'ayant pas à imposer de conditions au conjoint français ; le droit international privé du

(1) Civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Rev. crit.*, 1955.723, note Batiffol ; D., 1956.73, note Chavrier.

(2) La technique consistant à jouer plus ou moins arbitrairement sur le domaine de la forme et sur celui du fond pour parvenir à un résultat souhaité mais non proclamé n'est pas propre au juge français et elle peut être utilisée en toute matière. Pour ce qui est du mariage, le juge anglais a étendu le domaine de la forme pour ne pas sanctionner la violation de certaines lois (*infra*, nos 398 et s.). En matière délictuelle, la distinction de la procédure et du fond a permis par exemple aux juridictions d'Etat américaines de ne pas déclarer contraires à l'ordre public les lois d'Etat frères limitant le montant des dommages-intérêts ; v. *Kilberg v. Northeast Airlines, Inc.* 9 NY 2d 34, 172 NE 2d 526 (1961) : « En ce qui concerne la question de savoir si le montant des dommages-intérêts doit être considéré comme relevant de la procédure ou du fond [dans les actions de ce type], on trouve des autorités en faveur de l'une et l'autre qualification et il n'existe aucun précédent significatif à New York... Il nous est par conséquent loisible, particulièrement eu égard à notre politique législative affirmée..., de traiter le montant des dommages-intérêts dans cette affaire comme une question de forme ou de procédure, à régir conformément à la politique législative de notre Etat ».

(3) BATIFFOL-LAGARDE, n° 414.

(4) LOUSSOUARN, n° 444 ; BATIFFOL-LAGARDE, n° 369.

(5) Dans l'arrêt *Caraslanis*, préc., le mari seul était étranger ; la condition méconnue était donc en quelque sorte bilatérale, puisque l'on prétendait faire annuler le mariage d'une Française pour respecter une condition édictée par la seule loi étrangère. La solution ne faisait guère de doute.

for n'a pas à être « à la remorque » d'un droit international privé étranger (1). De cette hypothèse, on peut conclure également que la loi applicable au mariage d'époux de statut personnel différent est en fait la loi du domicile matrimonial ; si les époux auxquels la loi personnelle de l'un d'eux interdit de se marier veulent vivre ensemble, il leur appartient de faire de ce vrai conflit un faux conflit, en s'établissant dans le ressort de la loi la plus permissive (ou d'une loi tierce analogue à celle-ci) ; dans le cas contraire, leur union ne sera pas reconnue.

389. Il est donc permis de conclure que l'affirmation selon laquelle la loi française soumet la capacité de contracter mariage à la loi nationale n'est, en ce qui concerne les étrangers, qu'une affirmation courtoise. Outre que le renvoi à la loi française est accepté sans difficulté, les autorités françaises ne refusent pas de célébrer un mariage entre étrangers empêchés d'après leur loi nationale et il est exceptionnel que les tribunaux annulent un mariage célébré en France pour violation d'une loi étrangère différente de la loi française. Dans tous les cas, la fraude des individus ne joue aucun rôle spécifique : il est pratiquement indifférent que les parties aient eu conscience ou non de méconnaître leur loi nationale. D'autre part, il existe un rattachement inavoué quant à la loi applicable au mariage, qui est le lieu de célébration, en tant que celui-ci coïncide avec le domicile matrimonial des époux : on ne voit pas de raison d'annuler un mariage célébré en France (et valable d'après la loi française), dès lors que les époux ont choisi d'y vivre. La solution inverse reviendrait à pénaliser les intéressés pour n'avoir pas acquis la nationalité française, ce qui n'est guère concevable. La raison qui justifie le défaut de sanction de la violation de la loi étrangère, à savoir la contrariété de celle-ci à l'ordre public local, justifie également le défaut de sanction de la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce et semblable à la loi française.

B. — L'EFFICACITÉ EN FRANCE D'UN MARIAGE CÉLÉBRÉ A L'ÉTRANGER.

390. Dans l'hypothèse envisagée, on allègue devant le juge français qu'un mariage célébré à l'étranger entre étrangers, ou entre un Français et un étranger, l'a été en violation d'une loi étrangère (2). Le problème ne se présente que rarement en jurisprudence, mais sa solution théorique paraît simple. Trois cas sont à envisager. Si l'un des époux est Français, et que l'on invoque la

(1) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, n° 327 ; dans le même sens, BATIFFOL-LAGARDE, n° 369.

(2) Il s'agira normalement de la loi personnelle de l'un des époux, ou des deux ; parfois de la loi du lieu de célébration, à supposer qu'elle soit distincte.

nullité pour violation de la loi personnelle de son conjoint, on refusera sans doute de considérer le mariage comme nul, au motif que le conjoint français n'a pas à être soumis à une condition inconnue de la loi française (1). La solution sera la même, au nom de l'ordre public, si les deux époux sont étrangers et de nationalité différente, et que l'empêchement tenant à la loi personnelle de l'un d'eux est inconnu de la loi française. Enfin, si les deux époux sont de même nationalité étrangère, les principes veulent que les tribunaux sanctionnent la violation de leur loi personnelle commune, compétente d'après la règle de conflit étrangère; pratiquement, on peut penser qu'il en sera rarement ainsi, pour la raison déjà indiquée qu'un empêchement inconnu de la loi française a toutes chances d'être déclaré contraire à l'ordre public (2). Dans tout ces cas, une « fraude » éventuelle des intéressés ne joue aucun rôle propre; il importe peu que les époux se soient déplacés pour échapper à un empêchement de leur loi personnelle, ou encore qu'ils aient abusé le célébrant étranger sur leur capacité: c'est l'appréciation de l'empêchement invoqué par rapport à l'ordre public du for qui commande la solution. Pour le montrer, on envisagera successivement le cas où l'on demande que soit déclaré inopposable en France un mariage célébré à l'étranger et celui de l'exequatur d'un jugement étranger d'inopposabilité, qui s'est trouvé posé aux juridictions françaises.

391. 1) *Appréciation par les tribunaux français de la validité d'un mariage célébré à l'étranger.* — Une affaire dans laquelle aucune fraude n'était alléguée à l'encontre des parties et une autre dans laquelle une fraude était invoquée, montrent que les principes de solution sont les mêmes et ne dépendent que de l'ordre public français. La première a donné lieu, il y a près d'un siècle, à un jugement du tribunal civil de Pontoise, dont les motifs sont intéressants à relever. Dans cette affaire, un Français avait épousé en 1854 une noire de la Nouvelle-Orléans, en violation de la loi locale interdisant les mariages interraciaux; le tribunal refusa de considérer ce mariage comme de nul effet en France (3). Un premier motif tient au caractère « bilatéral » de l'empêchement étranger, qui n'avait pas à atteindre le sujet français. Un second vaut pour tous les cas où les époux sont de statut personnel différent, et énonce qu'en cas de conflit de statuts personnels, il faut se prononcer dans le sens de la validité du mariage; l'argument traduit le souci de

(1) *Supra*, n° 388. La solution inverse pourrait cependant se justifier à l'égard de certaines conditions inconnues de la loi française, mais que l'on répugne à déclarer contraires à l'ordre public français, telles qu'une célébration religieuse, si les époux ont prétendu établir le domicile conjugal dans le ressort de la loi évincée; la qualification de forme permettrait cette fois de méconnaître le caractère laïque du mariage en droit français, par application « bilatérale » de la règle *Locus regit actum*.

(2) *Supra*, n° 368 et 386.

(3) Trib. civ. Pontoise, 6 août 1884, *Clunel*, 1885.296.

faveur au mariage, mais il prouve trop, car il serait vraisemblablement écarté dans le cas où c'est la loi du for qui édicterait l'empêchement. Un troisième motif relève la contrariété à l'ordre public français de la loi étrangère invoquée. Enfin un quatrième emprunte une analyse téléologique de l'empêchement invoqué : pour le tribunal, le législateur de la Louisiane n'avait édicté l'empêchement tenant à la race qu'en vue des blancs locaux et n'avait pas entendu interdire le mariage d'une noire avec un Français. L'exactitude de cette affirmation est des plus douteuses, mais elle est intéressante au point de vue méthodologique ; un tel raisonnement conduit normalement, pour apprécier la validité du mariage, à appliquer la loi du domicile matrimonial de manière directe, et non par le biais de l'ordre public invoqué pour écarter une loi personnelle abusive. Ainsi se trouve affirmée de quatre manières différentes la prééminence de l'ordre public du for. Quant à la fraude à la loi, non alléguée en l'espèce, il est clair que son existence n'aurait en rien modifié la solution : le mariage n'en aurait pas moins été déclaré valide si les parties avaient contracté mariage dans un ressort tiers pour échapper à l'empêchement qui les atteignait (1).

392. Dans un arrêt plus récent de la Cour de Paris, la fraude n'était pas douteuse, non plus que le fait que le mariage était nul au regard de la loi du lieu où il avait été célébré. Un jeune Français avait contracté mariage en Israël, avec une autochtone, en la forme religieuse. Pour ce faire, il avait dû tromper le célébrant sur sa religion (2). Une lettre émanant des autorités religieuses indiquait que, de ce fait, le mariage devait être considéré comme nul en Israël. La Cour refusa cependant de déclarer le mariage inopposable pour ce motif, estimant à bon droit qu'un Français n'avait pas à être soumis à un empêchement édicté par une loi étrangère (3). Comme dans tous les cas d'empêchement « bilatéral », la notion d'ordre public est sous-jacente ; seul le désir de ménager des susceptibilités légitimes, lorsque cet empêchement est d'inspiration religieuse, explique qu'il ne soit pas expressément invoqué. Et le fait qu'un tel empêchement ait été circonvenu par une fraude, qu'elle soit de droit interne ou de droit international, n'influe en rien sur la décision.

393. 2) *Effet en France d'un jugement étranger relatif à la validité du mariage.* — Dans une affaire *Hohenzollern*, les juridictions fran-

(1) Comp. Req., 9 mai 1905, D., 1905.1.367.

(2) La « fraude à la loi étrangère » n'était donc pas, en l'espèce, une fraude de droit international, mais ceci n'ôte rien à la portée de la décision.

(3) Paris, 2 déc. 1966, *Pêcheux*, *Rev. crit.*, 1967.530 note Malaurie, *J.C.P.*, 1967.II.15278, obs. R. B. *Clunet*, 1968.705 note Audit : « Cons. qu'un mariage contracté à l'étranger par un Français est régi quant au fond par la loi française... ; que l'allégation suivant laquelle ce mariage serait nul au regard de la loi israélienne « pour tromperie » sur la religion d'un des conjoints ... est donc à cet égard inopérante ».

çaises avaient à connaître des suites du mariage contracté clandestinement en Russie par le prince héritier de Roumanie un demi-siècle plus tôt et déclaré nul en Roumanie. Un jugement portugais ayant accordé à l'enfant né de cette union le bénéfice du mariage putatif, l'exequatur de ce jugement était demandé en France pour une question de succession. L'essentiel du débat portait sur les conditions de l'exequatur, et celui-ci fut finalement accordé sans qu'il soit fait mention de la question de la fraude à la loi étrangère (1). Il y avait pourtant fraude à la loi roumaine, par mise en œuvre de la loi russe. Ainsi envisagée, la solution se justifie par le simple fait que l'empêchement d'ordre dynastique édicté par la loi roumaine, pourtant compétente d'après le règlement français de conflit, était contraire à l'ordre public français (2). Dans ces conditions, il n'y avait pas lieu de sanctionner (indirectement) la fraude à la loi roumaine, en refusant à l'enfant le bénéfice du mariage putatif. La prise en considération de l'ordre public français est justifiable, puisque les tribunaux français venaient à connaître de l'affaire pour une question de succession à des biens situés en France. L'exemple montre bien que l'existence d'agissements frauduleux à l'origine du statut dont on conteste la validité ne joue aucun rôle dans la solution. Un mariage est valable ou non selon les conceptions du for, et l'intention des parties d'évincer la loi la plus compétente au moment où il a été célébré ne doit normalement pas altérer cette validité (3).

394. Conclusion du Chapitre I. En droit français interne, la méconnaissance d'un empêchement au mariage ne paraît pas sanctionnée de manière différente selon qu'elle procède ou non d'une volonté frauduleuse. En droit international privé, et s'agissant

(1) Trib. civ. Seine, 6 mars 1957, *Clunet*, 1957.744, note Ponsard, *J.C.P.*, 1957. II.10212, note Bellet, *Rev. trim. dr. civ.*, 1958.228, obs. Desbois ; Paris, 16 déc. 1959, *J.C.P.*, 1960. II.11460, concl. Combaldieu, D., 1962.239, note Cornu, *Clunet*, 1960.1038, note Ponsard ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1960.283, obs. Desbois ; Civ., 8 janv. 1963, D. 1963.341 note Ph. M. *J.C.P.*, 1964. II.13470 note Ph. F. *Rev. crit.* 1963.109 note G. H. *Rev. trim. dr. civ.*, 1963.529 obs. Desbois.

(2) Rappr. BATIFFOL-LAGARDE n° 489, t. 2, p. 110 note (5) *in fine*.

(3) On peut encore citer en matière de reconnaissance d'un jugement d'annulation une décision du Tribunal de la Seine, 6 avr. 1951, *Rev. crit.*, 1953.586, note H. B., *J.C.P.*, 1953. II.7408, note J. M. Un Français avait épousé à New York une Américaine, catholique pratiquante, en la forme religieuse. Ce mariage fut annulé à New York pour dol, le Français ayant prétendu qu'un précédent mariage dissous par le divorce n'avait été qu'un mariage civil. L'exequatur de cette décision fut accordé. On a vu dans ce jugement l'illustration de ce que l'ordre public français ne s'oppose pas à l'« application » des lois étrangères plus exigeantes. Mais si l'on s'en tient à la stricte conception de l'erreur de l'arrêt *Berthon* (v. MAZEAUD, t. 1, vol. 3, n° 736 ; CORNU, « Centenaire », D., 1959, Chron. 215), le Tribunal aurait eu quelque difficulté à justifier l'annulation du mariage sur une demande directe ; si l'on se fait en revanche de l'erreur la conception plus extensive de certaines juridictions du fond (v. dans des circonstances proches de celles envisagées, Trib. civ. Bordeaux, 9 juin 1924, *Gaz. Pal.*, 1924.2. 201), il n'y a pas de différence au fond entre la loi française et la loi étrangère.

des lois étrangères, il semble également que la sanction est indépendante de ce que la violation de la loi est ou non volontaire. C'est en ce qui concerne la violation de la loi française par un moyen international que la doctrine et la jurisprudence paraissent reconnaître un rôle propre à la volonté frauduleuse : celle-ci justifierait le défaut de reconnaissance d'un mariage contracté à l'étranger, alors même que les empêchements de fond ont disparu, et ce par application de l'article 170 du Code civil. Cette vue se recommande notamment de ce que le for ne dispose pas d'autre moyen pour se prémunir contre une violation de la loi trop facile. Mais il semble que la politique de faveur au mariage doive l'emporter, et justifierait que l'on ne sanctionne pas la fraude pour elle-même. Une reformulation des principes, prenant en considération l'objet propre de l'article 170 du Code civil, rendrait mieux compte du droit positif français.

CHAPITRE II

LA FRAUDE A LA LOI ET LE MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ANGLAIS

395. Pour autant que la notion de statut personnel ait un sens en droit anglais, ce statut est soumis à la loi du domicile (1). La règle s'applique en particulier à la capacité de contracter mariage (2). On est tenté d'en déduire que la fraude de droit international est facilitée par ce rattachement, parce que l'on change de domicile plus facilement que de nationalité. La théorie générale de la fraude a cependant montré pourquoi il n'en est rien : que le statut personnel soit rattaché au domicile ou à la nationalité, il suffit toujours pour sanctionner une violation internationale de la loi, de constater que le sujet dont l'état a été modifié par application d'une loi étrangère n'a jamais cessé de relever de la loi évincée ; cette constatation est même plus facile dans le cas où le rattachement est au domicile, car si l'acquisition d'une nationalité étrangère fait parfois perdre la nationalité d'origine, il est rare qu'une législation dispose formellement que l'acquisition d'un domicile à l'étranger fait perdre le domicile local (3). Ainsi s'explique que l'exception de fraude à la loi ait été invoquée dans le système français, qui rattache le statut personnel à la nationalité, tandis que le droit international privé anglais n'a jamais eu à recourir à ce moyen. Celui-ci consisterait pour le juge à constater en premier lieu que l'intéressé a acquis un domicile à l'étranger et perdu son domicile dans le ressort de la loi locale, puis à ajouter que ce changement ayant été accompli dans un but de fraude, doit être privé d'effet ; on comprend que le juge anglais n'ait jamais ressenti la nécessité d'adopter un tel raisonnement. Au demeurant, la preuve de la fraude viendrait précisément de ce que le sujet se prévaut de son nouveau statut dans le ressort de son domicile initial. Comme le véritable domicile

(1) V. RABEL, t. 1, p. 114 ; DICEY-MORRIS, p. 225.

(2) V. DICEY-MORRIS, p. 254.

(3) Sur tous ces points, *supra*, n° 163 et s.

suppose un *animus manendi* (1), il est difficile de soutenir en avoir acquis un nouveau à l'étranger ; le raisonnement même ne peut s'appliquer. Ce n'est donc pas dans des considérations philosophiques qu'il faut chercher en premier lieu l'explication de l'absence d'une « théorie » de la fraude à la loi en droit anglais ; l'exception de fraude à la loi n'avait de raison d'être, en matière de statut personnel, que dans un système soumettant celui-ci à la loi nationale.

396. Il demeure cependant que le rattachement du statut personnel au domicile rend la fraude à la loi de droit international plus tentante, à défaut d'être plus efficace, que le rattachement à la nationalité : il est plus facile de persuader à une autorité publique étrangère que l'on a acquis un domicile dans son ressort et il est plus facile de faire admettre par l'autorité locale que l'on a perdu le domicile que l'on avait dans son ressort. D'autre part, en matière de mariage, on sait que la question est moins de sanctionner une violation de la loi que de maintenir autant que possible une union originairement irrégulière. La sagesse du législateur français a été de reconnaître implicitement cette nécessité, en édictant un régime de nullités de mariage extrêmement restrictif, qui doit s'appliquer aux violations de droit international comme aux violations de droit interne (2). Un tel régime ne paraissant pas avoir existé en Angleterre jusqu'à une date récente, le juge a dû pallier cette carence par une autre technique. Il en est résulté certaines décisions qui peuvent surprendre un juriste continental, mais qui ne sont que le pendant des empêchements simplement prohibitifs du droit français. Cela n'empêche cependant pas que la fraude à la loi soit parfois sanctionnée ; mais la fraude ne joue aucun rôle particulier, la question n'étant que de savoir si la loi anglaise doit s'appliquer ou non (*Section I*). D'autre part, la règle de conflit anglaise, comme la règle de conflit française, est une règle bilatérale : la loi de leur domicile s'applique donc en principe aux personnes non domiciliées en Angleterre. Cela signifie notamment que le droit anglais doit prévenir et sanctionner la fraude à la loi étrangère. Une brève étude suffira cependant à faire apparaître que, comme en droit français, il s'agit là d'une vue théorique, et que la loi étrangère n'est pratiquement respectée que dans la mesure où elle est identique à la loi du for (*Section II*).

(1) V. DICEY-MORRIS, p. 86 ; LIPSTEIN, *Clunet*, 1963.113.

(2) *Supra*, n° 373.

SECTION I

LA FRAUDE A LA LOI ANGLAISE

397. Le droit anglais connaît, comme tout autre, des règles impératives en matière de mariage. La question est de savoir si des personnes domiciliées en Angleterre peuvent se soustraire à ces règles en allant contracter mariage à l'étranger et se prévaloir ultérieurement en Angleterre de la qualité d'époux. Contrairement à ce que certains arrêts paraissent indiquer, il n'est pas douteux qu'une telle fraude est normalement sanctionnée. Quant à l'affirmation que l'on rencontre parfois sous la plume d'auteurs anglais et selon laquelle le droit anglais ne sanctionne pas la « fraude à la loi », elle procède d'une confusion chez ces auteurs entre la fraude et l'exception de fraude : ayant observé l'existence en droit français d'une « théorie de la fraude », déduite des rares applications de l'exception de fraude, ils ont été amenés à constater qu'il n'existe rien de semblable en droit anglais. Cette confusion est excusable de leur part, puisqu'elle est commise en France même.

398. S'agissant d'apprécier la validité en Angleterre d'un mariage contracté à l'étranger, le principe est que la forme est soumise à la loi du lieu de célébration, et le fond à la loi du domicile. Pour opérer entre les divers empêchements au mariage la sélection qui doit distinguer les empêchements surmontables des empêchements insurmontables (1), les juges anglais ont qualifié d'exigences de forme celles dont ils n'entendaient pas assurer le respect au prix de l'annulation d'un mariage ; ainsi se sont trouvés validés des mariages célébrés à l'étranger manifestement en fraude à la loi anglaise, et ainsi a pu se développer l'idée que le droit anglais ne sanctionne pas la fraude à la loi. Pourtant, les juges n'ont pas manqué par ailleurs d'annuler des mariages conclus à l'étranger en violation d'une règle considérée comme « essentielle », ce qui dément complètement cette opinion (2). La vérité est que l'on ne fait respecter que les prescriptions considérées comme fondamentales, estimant que les autres ne justifient pas que l'on annule un mariage pour les faire respecter. Dans tout cela, le fait que la violation internationale de la loi ait été délibérée, ou qu'elle procède d'une simple ignorance, est indifférent : le droit anglais ne se soucie pas de sanctionner la fraude pour la fraude. On peut donc étudier successivement la fraude non sanctionnée (A), et la violation sanctionnée (B).

(1) *Supra*, n° 368.

(2) L'expression de « validité au fond » se traduit en anglais par « essential validity ».

A. — LA FRAUDE NON SANCTIONNÉE : LES EMPÊCHEMENTS RATTACHÉS A LA FORME.

399. L'opinion selon laquelle, d'une façon générale, le droit international privé anglais ne sanctionne pas la fraude à la loi, repose sur un très ancien arrêt rendu en matière de mariage, l'arrêt *Compton v. Bearcroft* (1). Dans cette affaire, un mineur était allé se marier en Ecosse sans avoir obtenu le consentement de son père et sans avoir fait publier son mariage, en violation du *Marriage Act* de 1753. Alors que de tels mariages avaient précédemment été annulés, il fut décidé que l'union était valide, au motif que le *Marriage Act* n'était applicable qu'aux mariages célébrés en Angleterre. L'exigence d'une autorisation et celle d'une publication de bans furent qualifiées de conditions de forme, pour lesquelles il importait de se référer à la loi du lieu de célébration (2). La décision peut surprendre, et pourtant elle n'a rien de choquant. En France, l'autorisation des ascendants est considérée comme une condition de fond ; mais la nullité qui sanctionne le défaut de respect de cette condition est conçue de manière tellement restrictive, qu'elle est très rarement prononcée. Si l'on ne va pas jusqu'à ravalier l'autorisation des parents au rang d'empêchement simplement prohibitif, comme le fit l'arrêt *Compton v. Bearcroft*, cet empêchement n'en est pas moins, par son régime, plus proche des empêchements simplement prohibitifs que de ceux fondés sur l'« ordre public fondamental », les empêchements insurmontables (inceste, bigamie) (3).

400. De l'arrêt *Compton v. Bearcroft*, des auteurs anglais eux-mêmes ont cru pouvoir déduire que la fraude n'était pas sanctionnée en droit international privé anglais : « Cette décision devait exercer une influence décisive sur l'attitude du droit international privé anglais à l'égard de la fraude à la loi. Du jour où il fut décidé que la validité du mariage n'était pas affectée par le fait qu'il avait été célébré à l'étranger uniquement dans le but de se soustraire aux restrictions imposées aux parties par la loi anglaise, le droit international privé se vit dans l'impossibilité, en Angleterre, de développer une théorie générale de la fraude à la loi (4). On rencontre couram-

(1) 2 Hagg. Cons. 430 (1769).

(2) De la même façon, pour ne pas sanctionner la violation d'une loi étrangère prescrivant une célébration religieuse du mariage, les tribunaux français rattachent aujourd'hui cette exigence à la forme ; v. *supra*, n° 387.

(3) On explique également la qualification de forme donnée en Angleterre à l'autorisation des parents par le fait que la loi qui introduisait cette disposition réglementait aussi la publication des bans (v. MORRIS, *Clunet*, 1973.166). Mais cette explication paraît moins éclairante pour la jurisprudence moderne que celle tenant à l'absence de prescription des actions en nullité alors qu'il est indispensable de pouvoir repousser celles-ci.

(4) DAVIES, « Règles générales des Conflits de Lois », *Recueil des cours*, 1937.IV, p. 536.

ment des affirmations de cet ordre sous la plume des auteurs anglais (1); certains précisent parfois que les mêmes agissements seraient sanctionnés en France comme constituant une fraude à la loi (2). Or il importe de restreindre ces affirmations. En premier lieu, la portée de l'arrêt *Compton v. Bearcroft* doit être limitée aux empêchements rattachés à la forme. Il se trouve seulement que l'autorisation des ascendants, qui en France est considérée comme une exigence de fond, n'a pas été qualifiée de la même manière par les juristes de *common law*, pour lesquels la sévérité passée du droit français sur ce point a toujours été une source de surprise (3). En second lieu, si de nombreuses décisions françaises déclarant inopposables des mariages célébrés à l'étranger relèvent la fraude des parties, il est très rare que la fraude soit réprimée pour elle-même, c'est-à-dire alors que les empêchements de fond ont disparu; et les décisions qui sanctionnent ainsi une fraude passée appellent de graves réserves (4). Par conséquent, le droit anglais et le droit français ne sont pas aussi différents sur ce point qu'on a pu le croire. Cette constatation n'a rien pour surprendre: le principe de faveur au mariage inspire également les juges de l'un et l'autre pays, quelque puisse être leur désir de faire respecter l'autorité de la loi. Il semblerait seulement que les juges anglais n'ont pas toujours marqué la même réticence que les juges français à se voir en quelque sorte forcer la main par le recours à une loi étrangère. Enfin, la propension des auteurs anglais à souligner la différence entre leur droit et le droit français provient sans aucun doute de l'importance accordée par la doctrine française à la fraude à la loi, importance dont il est permis de dire qu'elle est sans commune mesure avec le peu d'application de l'exception de fraude. S'agissant de la fraude des individus, celle-ci est réprimée par le juge anglais lorsqu'elle tend à méconnaître un empêchement considéré comme fondamental, mais sans que soit nécessairement relevé l'état d'esprit de l'agent; qu'il s'agisse de fond ou de forme, l'existence d'une *fraus* n'est jamais l'élément décisif de la solution.

B. — LA VIOLATION SANCTIONNÉE : LES EMPÊCHEMENTS RATTACHÉS AU FOND.

401. Les affirmations des auteurs anglais selon lesquelles la validité d'un mariage n'est en rien affectée par le fait que les parties

(1) V. GRAVESON, « Philosophical Aspects of the Conflict of Laws », 78, *L. Q. Rev.*, 357 (1962), p. 358; « General Principles of Private International Law », *Recueil des cours*, 1963.II, p. 49; DICEY-MORRIS, p. 236; DAVIES, *op. cit.*, p. 535; M. WOLFF, *Private International Law*, 2^e éd., p. 143.

(2) DICEY-MORRIS, p. 234, note (28).

(3) V. STORY, § 90. Sur l'accueil de ces conditions par les tribunaux anglais v. *infra*, n° 411.

(4) *Supra*, n° 375.

se sont rendues à l'étranger pour échapper aux exigences de la loi de leur domicile ne signifie pas que tous les mariages ainsi contractés sont validés sans restriction, mais seulement que la fraude n'est pas l'élément décisif de la solution. Comme il a été affirmé dans un arrêt fondamental « [il] est tout-à-fait évident qu'aucun Etat civilisé ne peut tolérer que ses ressortissants domiciliés, en faisant un bref séjour dans un pays étranger, y contractent un mariage qui devrait normalement être célébré au lieu de leur domicile, lorsque ce mariage est prohibé par la loi du lieu du domicile comme contraire à la religion, à la morale, ou à toute autre institution fondamentale » (1). Ainsi se trouvait posée la distinction entre ce au-delà de quoi le juge est disposé à faire prévaloir la faveur au mariage, et ce en-deçà de quoi il n'est pas disposé à reconnaître des droits acquis sous l'empire d'une loi étrangère ; on retrouve la distinction suggérée plus haut des empêchements surmontables et des empêchements insurmontables.

402. En droit anglais, les empêchements de fond traditionnels au mariage paraissent être les suivants : la parenté et l'alliance, l'impuberté, la folie et l'existence d'un précédent mariage non dissous (2). Ce dernier qui soulève le problème de la reconnaissance d'un divorce prononcé à l'étranger, n'a pas à être envisagé. Les deux précédents ne paraissent pas avoir donné lieu à une fraude à la loi de droit international (3). En revanche, des arrêts importants et significatifs ont sanctionné les empêchements tenant à la parenté ou à l'alliance (4). Ils démontrent que le juge anglais n'hésite pas à faire respecter les empêchements jugés essentiels, contre des violations internationales. Pour ce faire, il ne lui est pas nécessaire de parler de fraude à la loi ; il lui suffit de constater que le domicile de l'une des parties, ou des deux, était en Angleterre au moment du mariage.

403. Dans un arrêt *Mette v. Mette*, le mariage contracté en Allemagne entre un sujet anglais et la sœur de sa femme décédée,

(1) Lord CAMPBELL, in *Brook v. Brook* (1861) 9 H.L.C. 193 (la traduction de ce passage est empruntée à DAVIES, *op. cit.*, p. 539).

(2) DICEY-MORRIS, 7^e éd., p. 258 à 263. V. depuis *Nullity of Marriage Act* 1971.

(3) DICEY-MORRIS, p. 261. V. cependant une application critiquable de la condition d'âge édictée par la loi anglaise à une étrangère épousant un Anglais : *Pugh v. Pugh* [1951] p. 482. Un officier britannique stationné en Autriche avait épousé en 1945 une jeune Hongroise âgée de quinze ans. La loi interne anglaise dispose que le mariage entre personnes dont l'une est âgée de moins de seize ans est nul (*void*) (*Age of Marriage Act*, 1929, puis *Marriage Act*, 1949 ; Section 2). Quatre ans plus tard, alors qu'un enfant était né et que les époux vivaient en Angleterre, la femme demanda et obtint l'annulation du mariage.

(4) Il convient de citer également le *Sussex Peerage Case* (1884) 11 Cl. & F. 85. Le *Royal Marriage Act* de 1772 interdisait aux descendants par les hommes de Georges II de se marier sans autorisation du souverain. Un des intéressés s'étant marié à Rome sans le consentement requis, le mariage fut déclaré nul et les enfants illégitimes. Mais il s'agit pratiquement ici de droit public.

valide d'après la loi allemande, fut considéré comme de nul effet en Angleterre en raison de l'empêchement tenant à l'alliance (1). Dans l'arrêt *Brook v. Brook*, un mariage contracté au Danemark fut déclaré inopposable par la Chambre des Lords, en vertu de la même disposition (2). Il semble que dans la seconde affaire, les parties s'étaient rendues à l'étranger dans le but arrêté de tourner la loi anglaise, ce qui est moins apparent dans la première ; mais précisément, l'état d'esprit des parties est indifférent à la solution : ce que l'on entendait sanctionner dans chaque cas n'était pas une fraude des parties, mais la violation de la loi anglaise. Dans une affaire *In Re Wilton*, un mariage entre oncle et nièce, sujets britanniques de confession israélite, avait été célébré religieusement en Allemagne ; bien que ce mariage fût valide d'après la loi locale et d'après la loi israélite, il fut privé d'effet en Angleterre (3). Ces exemples montrent que la violation de la loi par un moyen international est sanctionnée en droit anglais comme en droit français, mais que le juge anglais ne prend pas particulièrement en considération l'intention qui animait un *domiciliary* en allant contracter mariage à l'étranger (4). Au contraire, on a vu que le juge français sanctionne parfois une fraude passée alors même que la loi de fond n'est plus méconnue, mais aussi que cette attitude prête à contestation (5). Or il est permis de se demander si le juge anglais, par un automatisme différent et consistant à ne jamais tenir compte de l'absence de fraude, ne serait pas amené à rendre également des décisions discutables.

404. Dans une affaire *In Re Paine*, une femme domiciliée en Angleterre avait épousé en 1875, en Allemagne, le mari de sa sœur décédée. A cette date, le mariage était nul d'après la loi anglaise. Aussitôt après le mariage, les époux s'installèrent en Angleterre. Le mari mourut en 1919, la femme une vingtaine d'années plus tard. Pour une question de dévolution d'un *trust*, se trouva alors posée la question de la légitimité de l'enfant née du mariage, c'est-à-dire de la validité de celui-ci. Il fut déclaré nul, parce que contracté en violation du statut personnel de la femme (6). On peut estimer la solution sévère, étant donné que la violation de la loi remontait à plus d'un demi-siècle et que l'empêchement sanctionné avait été aboli entre temps (7). Mais c'est sur un autre point que la déci-

(1) (1859) 1 Sw & Tr. 416.

(2) (1861) 9 H.L.C. 193.

(3) (1900) 2 Ch. 481.

(4) La manière dont les faits sont rapportés traduit la volonté de ne pas s'attacher au point de savoir si les parties entendaient ou non se soustraire à la loi. Au lieu d'énoncer que les parties se sont rendues dans tel pays dans le but d'y contracter mariage, les arrêts énoncent par exemple qu'elles se sont mariées « au cours d'un bref séjour » dans le pays en question.

(5) *Supra*, n° 375.

(6) [1940] 2 Ch. 344.

(7) *Deceased Wife's Sister Marriage Act* (1907).

sion peut inquiéter. Selon l'interprétation d'un auteur, la décision reposant sur la violation de la loi personnelle de la femme, aurait été la même si les époux avaient élu domicile non pas en Angleterre, mais en Allemagne où pourtant le mariage était valide ; et dans ce cas, on peut trouver une décision d'inopposabilité franchement inopportune (1). Or ce qui sépare les deux hypothèses, c'est une intention de fraude. En l'espèce, la femme était domiciliée en Angleterre avant le mariage et les deux époux y avaient constamment vécu par la suite ; même si le mari était domicilié en Allemagne lors du mariage (ce qui n'est pas certain), il est permis de penser que les époux y avaient fait célébrer leur mariage pour échapper à la prohibition de la loi anglaise. Au contraire, s'ils avaient établi le domicile matrimonial en Allemagne, il n'y avait pas fraude à la loi et ceci pourrait justifier que la loi anglaise soit écartée pour l'appréciation de la validité du mariage. Cet exemple paraît indiquer que le droit anglais pourrait utilement introduire la notion de fraude ; cependant, le droit français a été critiqué en raison de la place excessive qu'il lui fait. Il semble possible de ménager l'équité sans recourir à la notion de fraude, en adoptant une nouvelle règle de conflit.

405. En droit anglais comme en droit français, on se réfère dans tous les cas à la loi personnelle des parties pour déterminer leur aptitude à contracter mariage. Cette manière de procéder est raisonnable au moment de la célébration du mariage, car la nationalité (ou le domicile) de chacune d'elles constituent les seuls rattachements certains dont on dispose. Mais lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'un mariage célébré quelques temps auparavant, et surtout celle d'un mariage dissous par le décès d'un des époux, on peut douter de l'opportunité de se référer encore à la loi personnelle des époux, particulièrement lorsqu'ils n'avaient pas de loi personnelle commune. Il paraît au contraire préférable de considérer le mariage comme une entité commune aux époux et non comme un contrat auquel chacun participe. Aussi bien ne parle-t-on plus dans ce cas de la « capacité de contracter mariage », mais de la « validité du mariage ». C'est pourquoi il est permis de préconiser que l'appréciation de la validité d'un mariage soit faite conformément à la loi du *domicile matrimonial*, et non à la loi personnelle de chacun des époux (2). Pratiquement, les solutions n'en seront guère changées ; mais on peut montrer que leur fondement théorique serait meilleur à l'égard de la question de la fraude, ainsi qu'à celle des empêchements bilatéraux.

(1) CHESHIRE, 7^e éd., p. 276, 277, 364.

(2) On s'exprime ici de *lege ferenda*, le droit anglais comme le droit français fixant encore le domicile de la femme mariée à celui de son mari (v. DICEY-MORRIS, p. 113).

406. S'agissant de la *fraude à la loi*, le fait de se prononcer conformément à la loi du domicile matrimonial permet d'éviter certaines difficultés que poserait la prise en considération de la fraude, et ce quel que soit le for saisi de la validité du mariage. Si les époux ont effectivement fixé le domicile matrimonial dans le ressort de la loi selon laquelle ils ont choisi de se marier, il n'y avait pas fraude à la loi de leur part dans le fait de se déplacer et l'application du principe permet du même coup de déclarer le mariage valide. Si au contraire, l'établissement des époux dans le ressort de la loi personnelle de l'un d'eux démontre qu'ils n'ont entendu faire qu'un « emprunt » à la *lex loci celebrationis*, leur fraude sera sanctionnée comme une violation de la loi du domicile matrimonial, qu'il s'agisse de la loi du for ou d'une loi étrangère (sous réserve de la conformité de celle-ci à l'ordre public du for). On peut constater que les solutions ne diffèreraient guère de celles données par les tribunaux, mais elles gagneraient en simplicité (1). La seule difficulté serait de déterminer à partir de quel moment on peut cesser d'apprécier la validité du mariage conformément à la loi personnelle des parties, pour ne plus retenir que la loi du domicile matrimonial en tant que telle. On retrouve ici la question de savoir si une loi relative à l'état des personnes est ou non fraudée (2). Il n'est pas possible de chiffrer au bout de combien de temps l'intervention d'une loi étrangère ayant conféré un statut nouveau apparaît comme légitime malgré l'insuffisance des rattachements antérieurs, tandis que la loi évincée cesse de connaître une violation substantielle.

407. L'appréciation de la validité du mariage selon la loi du domicile matrimonial permettrait également de résoudre la question des *empêchements bilatéraux* de manière plus élégante qu'en faisant prédominer la loi du for, ou telle loi étrangère qui s'en approche le plus, sur la loi personnelle de l'autre époux. Il n'est pas normal qu'un mariage « mixte » (*intermarrage*) soit déclaré nul par application de la loi personnelle de l'un des époux, alors que la loi personnelle de l'autre ne connaît pas la même interdiction (3). Etant admis que l'une des deux lois doit céder, on ne saurait mieux faire que de considérer le domicile matrimonial pour déterminer quelle est celle qui serait la plus méconnue par application de l'autre. Il est probable que la solution préconisée est déjà *en fait* celle du droit positif dans tous les pays, puisque la question de la validité d'un mariage se trouve normalement soulevée au lieu du domicile matrimonial et qu'en cette matière les conceptions du for dominant

(1) Notamment lorsque l'on refuse de sanctionner une violation de la loi étrangère et que le domicile matrimonial se trouve en Angleterre (*infra*, n° 409 et s.).

(2) *Supra*, n°s 35 et s.

(3) V. p. ex. l'espèce *Pugh v. Pugh*, *supra*, note (3), p. 313.

le débat ; mais la solution repose alors de façon plus ou moins avouée sur l'ordre public. Elle serait mieux justifiée par référence à la loi du domicile matrimonial prise en tant que telle. La solution ici préconisée a été défendue par des auteurs anglo-saxons (le domicile matrimonial étant, pour les auteurs anglais, le domicile du mari), ce qui justifie son examen à cette place. D'autre part, il serait particulièrement facile de s'y rallier en Angleterre, puisque l'on y connaît déjà le principe selon lequel le statut personnel est soumis à la loi du domicile. Un auteur anglais s'est efforcé de montrer que les décisions dominantes peuvent pour la plupart se justifier aussi bien par la théorie du domicile du mari que par la *dual domicile doctrine* traditionnelle (1). Il est remarquable que le droit français, qui soumet en principe le statut personnel à la loi nationale, soit parvenu à la solution ici envisagée en ce qui concerne la loi applicable au divorce d'époux de nationalité différente ; par la jurisprudence *Rivière*, les tribunaux français ont justement renoncé à appliquer la loi française de divorce aux conjoints étrangers de Français, lorsque le domicile matrimonial est hors de France (2). Ce rattachement serait à certains égards plus justifié pour le mariage, qui marque le commencement de la vie commune, que pour le divorce qui en marque la fin.

SECTION II

LA FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE

408. La soumission de principe de la capacité de contracter mariage à la loi du domicile s'analyse en une règle de conflit bilatérale. Il convient donc de rechercher dans quelle mesure les juges anglais veillent au respect de cette règle en tant qu'elle donne compétence à une loi étrangère. Pour cela, on examinera les décisions les plus couramment citées, relatives à l'appréciation de la validité d'un mariage — célébré en Angleterre ou à l'étranger — dont on allègue qu'il a été contracté en violation d'une loi étrangère ; dans quelques unes de ces espèces, le mariage litigieux avait déjà été déclaré nul à l'étranger (3). Deux conclusions aisément prévisibles

(1) CHESHIRE, 7^e éd., notamment p. 276 et s. ; l'édition suivante paraît en retrait par rapport à cette position (CHESHIRE-NORTH, p. 308 et s.). Celle-ci paraît cependant avoir reçu le renfort d'une décision *Radwan v. Radwan* rendu en 1972 (v. MORRIS, *op. cit.*, p. 169).

(2) Civ. 17 avr. 1953, *Rev. crit.*, 1953.412, note Batiffol.

(3) Pour être complet, il conviendrait d'envisager la réglementation du mariage en Angleterre des personnes non domiciliées. Cette question doit cependant être laissée de côté faute d'information. V. cependant un refus de célébration du mariage de deux étrangers en Angleterre, dans des circonstances où la fraude est patente : *Regina v. Brentwood Superintendent Registrar of Marriages, Ex p. Arias* [1968] 2 Q. B. 956 (*Rev. crit.*, 1969.491, note Wengler).

se dégagent de ces arrêts : la première est qu'en dépit du principe, c'est en définitive la loi du domicile matrimonial, et plus précisément l'ordre public du domicile matrimonial, qui dicte la solution ; la seconde est que la fraude à la loi ne joue aucun rôle en la matière.

409. Le principe selon lequel on doit, pour apprécier la validité d'un mariage, se référer à la loi du domicile de chacune des parties, a été affirmé par la *Court of Appeals* dans un arrêt *Sottomayor v. de Barros*. Dans cette affaire, un homme avait épousé en Angleterre sa cousine germaine, domiciliée au Portugal (1). D'après la loi portugaise, un tel mariage était nul s'il n'avait reçu l'autorisation du Pape, laquelle n'avait pas été obtenue en l'espèce. En première instance, il fut décidé que, même si les parties étaient toutes deux domiciliées au Portugal, le mariage célébré en Angleterre était valide. Cette décision fut infirmée par la *Court of Appeals*, au motif qu'il y avait lieu dans ce cas d'apprécier la validité du mariage conformément à la loi portugaise, loi du domicile des époux (2). Ainsi se trouvait affirmé le caractère bilatéral de la règle de conflit, ce qui doit en principe entraîner, comme en l'espèce, la sanction de la violation de la loi étrangère. L'examen du droit positif indique pourtant que ce principe n'est pour ainsi dire jamais respecté. On ne rapporte pas d'espèce dans laquelle un mariage célébré en Angleterre ait été annulé pour satisfaire à une loi étrangère (3). En revanche, de nombreuses décisions valident un mariage nonobstant un empêchement étranger. Quelque soit le prétexte invoqué, il est toujours possible d'expliquer la solution parce que l'empêchement étranger était inconnu de la loi anglaise : or on sait qu'en matière de mariage, où la liberté est la règle et le maintien des situations acquises un impératif en général pressant, tout empêchement inconnu de la loi du for heurte de quelque façon l'*ordre public*. Le juge anglais, qui ne fait qu'un usage modéré de cette notion, s'est en général efforcé de justifier autrement ses décisions. Mais la portée de celles-ci n'est pas douteuse. Quant à la fraude à la loi, elle n'est même pas mentionnée. On peut présenter les décisions en fonction du motif invoqué pour ne pas sanctionner la violation de la loi étrangère.

410. a) Il n'y a pas lieu de sanctionner la violation de la loi personnelle étrangère de l'un des époux, différente de la loi anglaise, lorsque l'autre est domicilié en Angleterre et que les époux y ont

(1) L'affaire vint deux fois devant la *Court of Appeals*. Il avait été décidé que les questions de droit seraient jugées avant les questions de fait, sans préjudice pour les parties. Dans la première procédure, ici rapportée, on supposa que les parties étaient toutes deux domiciliées au Portugal. La seconde révéla que le mari était domicilié en Angleterre au moment du mariage (*infra*, n° 410).

(2) *Sottomayor v. de Barros* (n° 1) (1877) 3 P.D. 1.

(3) DICEY-MORRIS, p. 250.

établi leur domicile matrimonial. C'est ce qui ressort implicitement de la seconde décision rendue par la *Court of Appeals* dans l'affaire *Sottomayor v. de Barros*. L'examen des faits ayant établi que le mari était domicilié en Angleterre, et non au Portugal, il fut décidé que le mariage était valide (1). On a déduit de cette décision l'exception suivante au principe de la loi du domicile : la validité d'un mariage célébré en Angleterre entre personnes dont l'une est domiciliée en Angleterre et l'autre dans un pays étranger n'est pas affectée par une incapacité qui, bien qu'existant d'après la loi étrangère, n'existe pas en droit anglais (2). Ce serait une façon indirecte, et peut-être inconsciente, d'exprimer que l'on entend permettre à tous ceux qui remplissent les conditions prévues par la loi anglaise de bénéficier en Angleterre de la qualité d'époux, nonobstant l'interdiction édictée par une loi étrangère (3). Cette règle a été critiquée par les auteurs : l'un d'eux affirme que cette distinction « n'a pas sa place dans un système de conflits qui se respecte », parce qu'un tel système devrait traiter des situations réciproques selon une règle unique (4) ; un autre estime que la règle manifeste un parti-pris du droit international privé anglais qui est « logiquement indéfendable » (5). Il est permis de ne pas partager entièrement l'indignation de ces auteurs. Celle-ci participe d'un excès de théorie, qui incite à raisonner en termes de règles de conflit au lieu de prendre en considération la matière même du conflit. Une méthode différente permet de comprendre qu'en matière de mariage, la loi du for plus permissive qu'une loi étrangère prévaudra à peu près nécessairement sur celle-ci et que par conséquent il est vain de s'obstiner à raisonner selon une règle de conflit bilatérale. Le droit français y renonce pratiquement, par le recours à l'ordre public à l'encontre d'une loi étrangère plus stricte (6). De la même manière, les empêchements prévus par le droit anglais sont nécessairement pour le juge anglais des empêchements raisonnables, et des empêchements « maximum », étant donné le principe de la liberté du mariage ; il n'y a aucune raison qu'un individu de statut personnel anglais soit soumis, par l'intermédiaire de son conjoint, à un empêchement inconnu de la loi anglaise et donc à peu près nécessairement contraire à son ordre

(1) *Sottomayor v. de Barros* (n° 2) (1879) 5 P. D. 94.

(2) DICEY-MORRIS, p. 269 ; GRAVESON, « The Comparative Evolution of Principles of the Conflict of Laws in England and in the USA », *Recueil des cours*, 1960. I, p. 61.

(3) La règle est toujours déduite d'une espèce où l'un des époux était de statut personnel anglais. Il n'est pas certain que la violation du statut personnel étranger commun de deux époux ne serait pas sanctionnée ; v. *R. v. Brentwood Superintendent Registrar of Marriages*, préc. (mais dans cette affaire, les intéressés ne paraissaient pas devoir établir leur domicile en Angleterre).

(4) FALCONBRIDGE, *Essays on the Conflict of Laws*, 2^e éd., p. 711.

(5) DICEY-MORRIS, p. 256.

(6) *Supra*, nos 384 et s.

public (1). La solution devrait être la même si les deux époux sont de statut personnel étranger, mais qu'ils manifestent le désir de s'établir en Angleterre. Ainsi s'expliquent à nouveau la supériorité de la loi du domicile matrimonial sur la loi personnelle antérieure des parties, la prééminence de l'institution sur le contrat et la difficulté de respecter une règle de conflit bilatérale pour déterminer l'aptitude à contracter mariage.

411. *b)* Un second moyen pour les tribunaux anglais de ne pas respecter un empêchement étranger et inconnu de la loi anglaise, a été de rattacher celui-ci à la *forme* du mariage. Ce moyen avait déjà permis de ne pas sanctionner certaines fraudes à la loi anglaise (2); il a également été utilisé à l'encontre des diverses autorisations, notifications et publications édictées par le droit français. Dans une affaire *Simonin v. Mallac*, deux Français majeurs, mais n'ayant pas procédé à la notification par acte respectueux alors prévue par l'article 151 du Code civil, s'étaient mariés en Angleterre. La demande en annulation ultérieurement formée par la femme fut rejetée, le juge n'ayant vu dans l'exigence omise qu'une simple formalité (3). La décision doit être approuvée; aux termes de l'article 152 ancien du Code civil, lorsque la notification d'acte respectueux avait été renouvelée trois fois à un mois d'intervalle, le mariage pouvait avoir lieu nonobstant le défaut de consentement des ascendants. C'est à juste titre qu'en Angleterre on a estimé que ces dispositions n'établissaient pas à proprement parler une incapacité, mais une formalité (4). La question était plus délicate dans le cas d'un Français *mineur* qui s'était marié en Angleterre sans avoir obtenu le consentement de ses ascendants. L'empêchement est indiscutablement un empêchement de fond selon la loi française. Pourtant, dans un arrêt *Ogden v. Ogden*, un tel mariage fut validé, alors même qu'il avait été déclaré « nul » en France (5). La décision a été vivement contestée par les auteurs anglais, qui soulignent la distinction entre l'empêchement de l'article 148 du Code civil et celui autrefois prévu par l'article 151; la distinction avait même été évoquée par le juge dans l'affaire *Simonin v. Mallac* (6). Un auteur critique le fait qu'après s'être remis à la loi française du soin de décider si le fiancé était ou non capable de contrac-

(1) Par exemple, dans l'affaire *Sottomayor*, le caractère confessionnel et catholique romain de l'empêchement était difficilement acceptable pour un juge anglais. Aussi relève-t-on dans la décision, à la suite d'une référence à l'arrêt *Simonin v. Mallac* (*infra*, n° 411), l'affirmation selon laquelle on ne voit pas « pourquoi les Cours de ce pays attacheraient plus de valeur à la permission du Pape qu'à celle d'un père » (5 P. D. 106).

(2) *Supra*, n° 399.

(3) (1860) 2 Sw. & Tr. 47.

(4) V. CHESHIRE-NORTH, p. 51, et les auteurs cités par DICEY-MORRIS, p. 238 fn (36).

(5) [1908], P. 46.

(6) (1860) 2 Sw. & Tr. 77.

ter mariage, on écarte la qualification française de règle de fond pour lui substituer la qualification anglaise de règle de forme; cependant, cet auteur donne lui-même la réponse à l'objection qu'il avait pertinemment soulevée : si la qualification étrangère entraîne un résultat contraire à l'ordre public anglais, elle doit être écartée (1). Une fois encore apparaît la suprématie de l'ordre public du for en cette matière. Un autre auteur fait observer que la décision *Ogden* pourrait reposer sur trois *rationes decidendi* différentes (2). La première est que la capacité de contracter mariage serait régie par la loi du lieu de célébration; mais cette vue irait à l'encontre du premier arrêt *Sottomayor* et de la règle de conflit que l'on en déduit. La seconde est que l'exigence par une loi étrangère de l'autorisation des ascendants, en quelques termes qu'elle soit formulée, doit être considérée comme une simple formalité : c'est la justification même donnée par l'arrêt. La troisième interprétation est qu'un mariage célébré en Angleterre entre un *domiciliary* anglais et une personne domiciliée à l'étranger n'a pas à être invalidé en raison d'une incapacité prévue par la loi étrangère et inconnue du droit anglais; on retrouverait ici l'exception déduite du second arrêt *Sottomayor* (3). Il est clair que les deux dernières interprétations sont des variantes du principe de la suprématie pour le juge anglais de l'ordre public anglais, tel qu'il ressort des empêchements insurmontables édictés par le droit interne. Seule l'affirmation traditionnelle d'une règle de conflit bilatérale interdit de reconnaître ce principe (4).

412. c) Un troisième moyen de ne pas donner effet en Angleterre à une prohibition édictée par une loi étrangère a été de qualifier l'empêchement de *pénal*. Ainsi une loi sud-africaine prévoyait qu'en cas de divorce pour adultère, l'époux coupable ne pourrait se remarier tant que son conjoint ne serait pas lui-même remarié. Une femme soumise à cet empêchement s'était remariée en Angleterre; la validité de cette union fut maintenue (5). La décision reposait sur ce que la femme, libérée des liens de son premier mariage, avait pu acquérir un domicile propre en Angleterre et n'était

(1) CHESHIRE, 7^e éd., p. 50. Comp. la jurisprudence française sur les mariages confessionnels, *supra*, n° 387.

(2) DICEY-MORRIS, 7^e éd., p. 259 et 260. Il est à remarquer que dans l'édition suivante, l'affaire n'est plus étudiée sous le titre « Capacity » mais sous le titre « Formal validity » (p. 237 et s.).

(3) *Supra*, n° 410. Précisément, dans l'arrêt *Ogden*, le mari seul était de statut personnel français, la femme était anglaise.

(4) Il faut cependant signaler que dans deux cas où le mariage de deux Français avait été déclaré nul en France pour défaut d'autorisation et de publication, les décisions françaises ont été reconnues : de *Massa v. de Massa* [1939] 2 All. E. R. 150 n; *Galene v. Galene* [1939], P. 237. Le débat paraît avoir été placé sur le terrain de la compétence internationale du juge français, reconnue dans chaque espèce. On aurait sans doute pu justifier la solution en constatant que le domicile matrimonial était en France (*supra*, n° 405).

(5) *Scott v. Attorney General* (1886) 11 P. D. 128.

donc plus soumise qu'à la loi anglaise. Dans un arrêt subséquent, cependant, le même juge justifia la décision par le caractère pénal et donc territorial, de la mesure sud-africaine (1).

413. d) Enfin, exceptionnellement, la loi étrangère est écartée par le juge anglais en tant que contraire à l'ordre public; encore l'expression n'est-elle pas toujours employée. Dans un arrêt *Chetti v. Chetti*, un Indien demandait l'annulation de son mariage avec une Anglaise, au motif que sa loi personnelle lui interdisait d'épouser une non-indienne. Cet argument fut repoussé par voie de *dictum*, au motif qu'« aucun pays n'est tenu de reconnaître les lois d'un Etat étranger lorsqu'elles font injustement tort à ses propres sujets » (2). Ainsi l'ordre public est-il parfois implicitement évoqué; mais l'examen des autres justifications a montré que dans tous les cas, le défaut de respect de la loi étrangère s'explique en dernière analyse par ce motif, toute interdiction inconnue du droit interne étant à peu près nécessairement, en matière de mariage, contraire à l'ordre public local.

414. Il ressort donc des décisions qui précèdent que dans la plupart des cas, un mariage célébré en Angleterre sera maintenu si les parties étaient capables d'après la loi anglaise, et cela nonobstant l'allégation que ce mariage a été conclu en contravention à une loi étrangère compétente. La solution est expresse dans le cas où l'une des parties est un *domiciliary* anglais. Dans le cas où les deux parties sont domiciliées à l'étranger, on a reconnu des décisions d'annulation rendues par les juridictions de leur domicile; mais il est permis de penser que la solution aurait été différente si les parties avaient établi le domicile conjugal en Angleterre. Il apparaît donc que la réglementation interne du for marque les limites de l'ordre public international et il est permis de conclure que, comme en droit français, l'affirmation de la compétence des lois étrangères par une règle de conflit bilatérale n'est qu'une affirmation courtoise (3). Cette constatation ne doit pas surprendre. Il est dans la

(1) On vérifie encore par là que l'opération de qualification répond souvent au besoin de fonder en droit une solution que d'autres considérations ont pu dicter. Dans une affaire où une personne divorcée s'était remariée avant l'expiration du délai de six mois imposé par la loi étrangère, le mariage fut déclaré nul au motif que cet empêchement était partie intégrante de la procédure au terme de laquelle les parties étaient libres de se remarier : *Warter v. Warter* (1890) 15 P. D. 152.

(2) [1909], p. 67. Le mariage ayant été célébré en Angleterre, la décision illustre aussi bien l'exception à la règle de la loi du domicile, déduite du deuxième arrêt *Sottomayor* (*supra*, n° 410); réciproquement, l'exception d'ordre public était sous-jacente dans cette décision (v. la note (1), p. 310).

(3) On constate notamment que le principe a été énoncé dans une affaire où il n'a finalement pas été appliqué (*Sottomayor v. de Barros*).

Un auteur américain a pu nier le principe de la compétence de la loi personnelle en droit international privé anglais, au profit de la loi du lieu de célébration (BEALE, t. 2, p. 673). Il paraît plus exact de parler de la loi du domicile matrimonial, étant entendu que les deux coïncident le plus souvent.

nature des choses que les lois étrangères plus exigeantes ne soient pas respectées : on doit offrir, au nom de la liberté du mariage, la sécurité d'un mariage valide sur le territoire à tous ceux qui satisfont aux conditions édictées par la loi locale (1). Tel est le cas en France, où pourtant le statut personnel est déclaré soumis à la loi nationale ; il devait donc en être *a fortiori* de même en Angleterre, où l'on est plus sensible au rattachement matériel qu'au rattachement sentimental. Dans tout ceci, la fraude éventuelle des intéressés ne joue aucun rôle.

415. Conclusion du Chapitre II. L'étude du droit international privé anglais en matière de mariage révèle une similitude des solutions frappante avec le droit français. La violation internationale de la loi du for y est également sanctionnée, mais sans que jamais l'intention, parfois manifeste, de violer la loi (fraude) soit le fondement de la décision ; cette attitude est celle du droit français, à de rares décisions près. S'agissant des lois étrangères, en dépit d'une règle de conflit bilatérale qui paraît commander leur respect dans tous les cas, elles ne sont pratiquement appliquées que lorsqu'elles sont conformes à la loi du for ; là encore, la fraude ne joue aucun rôle. La similitude des solutions peut s'expliquer d'une part par la communauté de civilisation, mais aussi parce que dans l'un et l'autre pays, la capacité de contracter mariage est soumise à la loi personnelle. C'est pourquoi il convient de se tourner vers l'étude d'un système qui ne retient pas le même rattachement.

(1) On peut cependant relever un cas où la loi anglaise prévoit expressément le respect d'une loi étrangère différente. Il était admis depuis un certain temps en Angleterre qu'un homme pouvait, après la mort de sa femme, épouser la sœur, la tante, ou la nièce de celle-ci ; ou bien qu'un homme pouvait épouser la veuve de son frère, de son oncle, ou de son neveu. Le *Marriage (Enabling) Act* de 1960 a supprimé la condition que la personne ayant créé l'alliance soit décédée (la femme dans le premier cas ; le frère, l'oncle ou le neveu dans le second). C'est ainsi qu'un homme peut par exemple épouser sa belle-sœur après avoir divorcé. Mais en modifiant la loi interne, l'*Act* de 1960 a précisé que si l'une des parties est domiciliée dans un pays étranger qui interdit l'union (c'est le cas en France), l'empêchement s'impose et le mariage ne sera pas reconnu comme valide (v. CHESHIRE-NORTH, p. 320).

CHAPITRE III

LA FRAUDE A LA LOI ET LE MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ AMÉRICAIN

416. L'étude de la fraude à la loi en matière de mariage dans le droit des Etats-Unis offre un intérêt particulier pour deux raisons (1). La première est que le rattachement choisi diffère de celui retenu en France et en Angleterre. Tandis que dans ces deux pays, la loi applicable à la capacité de contracter mariage est déclarée être la loi personnelle, aux Etats-Unis, l'affirmation traditionnelle est que la loi compétente est la loi du lieu de célébration. En second lieu, les Etats-Unis offrent un terrain de choix pour toute étude de droit international privé, en raison de la variété des législations d'Etat à Etat. S'agissant de la fraude à la loi, le terrain est particulièrement propice, étant donné que la liberté de circulation est totale et que la population est extrêmement mobile. Ces facteurs sont suffisamment connus pour qu'il soit inutile de les développer ; mais les données sociologiques ne doivent jamais être perdues de vue dans une étude de droit américain (2).

417. Sur un fond de *common law* anglaise, chaque Etat a développé ses propres règles de conflit de lois (3). Il convient donc de rechercher en premier lieu s'il existe une règle de conflit commune en ce qui concerne la capacité de contracter mariage. Cette recherche révèle que la règle de la loi du lieu de célébration est couramment énoncée. Or une telle règle se prête à toutes les fraudes ; aussi une étude plus attentive indique-t-elle qu'elle est assortie de réserves,

(1) V. BEALE, LAUGHLIN, GUTHRIE, SANDOMIRE, « Marriage and the Domicile » 44 *Harv. L.R.* 501 (1931) ; TAINTOR, « Marriage in the Conflict of Laws », 9 *Vanderbilt L.R.* 607 (1956).

(2) Sur ces données sociologiques, leur influence sur le droit américain et plus particulièrement sur la notion de fraude à la loi, v. la note de M. Batiffol au S., 1936.4.17, dont la substance reste d'actualité.

(3) La règle *Erie Railroad v. Tomkins*, selon laquelle il n'existe pas de *common law* fédérale générale, a été déclarée en matière de conflits de lois par l'arrêt *Klaxon Co v. Stentor Electric Manufacturing Co., Inc.* 313 US 487 (1941).

qui ont pour effet d'introduire la compétence de la loi du domicile (*Section I*). Effectivement, une brève étude du droit positif suffit à indiquer que la fraude à la loi est sanctionnée aux Etats-Unis comme partout ailleurs, et même que les juges américains relèvent plus volontiers une intention de fraude que les juges anglais. Cependant, ces solutions ne participent pas d'une théorie de la fraude à la loi et l'exception de fraude est inconnue du droit américain (*Section II*).

SECTION I

DÉTERMINATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT

A. — « THE ORTHODOX STATEMENT » : COMPÉTENCE DE LA LOI DU LIEU DE CÉLÉBRATION.

418. La règle constamment énoncée comme la *general rule* ou le *standard statement* est qu'« un mariage valide là où il a été célébré est valide partout ». On la trouve exprimée dans tous les ouvrages, et en premier lieu chez Story, pour qui « (e)ntre personnes *sui juris*, le mariage doit être régi par la loi du lieu où il a été célébré. S'il est valide à cet endroit, il est valide partout ... S'il y est invalide, il est également invalide partout » (1). Elle est énoncée par d'innombrables arrêts (2). Elle fut incorporée dans le premier *Restatement*, qui disposait en son paragraphe 129 qu'« un mariage est valable dans tous les pays s'il réunit les conditions requises par la loi interne de l'Etat où il est contracté » (3). Le texte ajoutait qu'il en était ainsi quand bien même les parties s'étaient rendues dans l'Etat du lieu de célébration dans le but d'échapper aux exigences de la loi de leur domicile : on ne pouvait être plus explicite (4). Enfin, un certain

(1) STORY, § 113 ; *adde* : § 89 : « Devant les tribunaux américains, la doctrine relative à la capacité de se marier a été déclarée rattacher celle-ci à la loi du lieu où le mariage a été célébré, et non à celle du domicile des parties ».

Un auteur plus récent, Beale, énonce pourtant qu'aucun Etat n'est normalement aussi intéressé à la question de la création d'un statut nouveau que l'Etat du domicile des parties, mais il ajoute aussitôt que c'est la règle énoncée par Story qui est suivie (BEALE, § 121.2). *Adde* : 44 *Harv. L. Rev.* 503 ; COOK, *The Legal and Logical Bases of the Conflict of Laws*, (1942), p. 442 ; GOODRICH, *Conflict of Laws*, 3^e éd., 1949, n° 116 ; TAINOR, *op. cit.*, p. 613 ; GRAVESON, « The Comparative Evolutions of Principles of Private International Law in England and in the U.S.A. », *Recueil des cours*, 1960.I, p. 63.

(2) Le plus ancien paraît être *Medway v. Needham* 16 Mass 157 (1819), où un mariage célébré dans le Rhode Island en fraude à la loi du Massachusetts est déclaré valide dans cet Etat ; v. également *Sturges v. Sturges* 93 Pac. 696 (1908), et 26 *Mich. L. R.* 328 (1928).

(3) Trad. WIGNY et BROCKELBANK, *op. cit.*

(4) Cette précision est également donnée par STORY, § 89.

nombre d'Etats ont adopté une disposition législative aux termes de laquelle tous les mariages contractés en dehors de l'Etat, et qui sont valables d'après la loi du lieu de célébration, sont également valides dans l'Etat (1).

B. — PORTÉE DE LA RÈGLE.

419. La règle selon laquelle la validité du mariage s'apprécie suivant la loi du lieu de célébration n'appelle pas de commentaire particulier pour ce qui concerne la forme (*ceremony*) du mariage (2). C'est la traduction de la règle *Locus regit actum* (3). Dans la plupart des Etats, il faut pour se marier obtenir une licence ; mais il semble que celle-ci soit généralement délivrée sur la simple affirmation des parties qu'elles satisfont aux conditions de la loi locale (4). Il n'y a donc à ce stade aucune préoccupation de prévenir la fraude à la loi d'un *sister-state* ; un auteur observe même que ni le fonctionnaire délivrant les licences, ni la personne appelée à célébrer le mariage, ne seront normalement conscientes de ce qu'une autre loi que la loi locale pourrait avoir un titre à s'appliquer (5).

420. C'est en ce qui concerne le *fond* que la règle de conflit traditionnelle peut surprendre. Il paraît élémentaire à un juriste continental ou à un juriste anglais, que la loi personnelle suive l'individu dans ses déplacements temporaires ; si l'on prend à la lettre la règle américaine, il suffira pourtant pour contracter valablement un mariage interdit par la loi de son domicile de traverser la frontière de l'Etat. Il faut cependant s'attendre que le principe ne traduise pas exactement le droit positif. La règle de conflit est une de ces règles que l'on peut qualifier d'absurdes, en ce qu'elles font dépendre l'application de lois impératives d'une déclaration de volonté des parties (6). Admettre sans restriction cette règle, c'est pratiquement réduire à néant le champ d'application dans l'espace des lois impératives du for ou, ce qui revient au même, en faire des lois supplétives. S'agissant de la réglementation du mariage, il paraît douteux qu'une telle situation puisse s'instaurer. Aussi bien, si la règle a été constamment énoncée par les arrêts, par les auteurs

(1) V. l'art. 63 C. civ. de Californie, tel que rapporté dans la note précitée de M. Batiffol. *Adde* : LEFLAR, *op. cit.*, § 160, n° 306. V. la liste des Etats ayant adopté une telle disposition dans CHEATHAM, GOODRICH, GRISWOLD, REESE, *Cases on Conflict of Laws*, 4^e éd., 1957, p. 774.

(2) V. STORY, § 124-a ; BEALE, § 121.4.

(3) Etant entendu cependant que la qualification de ce qui est « forme » et de ce qui est « fond » se prête à certaines manipulations, dans un système qui n'adopte pas le même rattachement pour l'un et l'autre.

(4) V. BEALE, § 121.3.

(5) TAINTOR, *op. cit.*, p. 609.

(6) *Supra*, n° 172. On peut assimiler à une déclaration de volonté le fait de n'avoir qu'à se déplacer dans un Etat voisin.

et parfois même en législation, son invocation par des parties plaissant la validité d'un mariage conclu dans un Etat-frère en fraude manifeste à la loi de leur domicile a parfois suscité une vive réaction de la part des juges de l'Etat du domicile. Dans une affaire jugée au Wisconsin, où le défendeur soutenait qu'un empêchement édicté par la loi locale ne pouvait s'appliquer à un mariage conclu dans un autre Etat (et alors que les parties étaient retournées au Wisconsin au lendemain de ce mariage), le *Chief Justice* de la Cour suprême déclara : « Soutenir que l'intention du législateur était que la loi ne s'appliquât qu'autant que les parties se trouvent à l'intérieur de l'Etat, et qu'il envisageait qu'en passant la frontière de l'Etat ses propres citoyens pourraient en réduire les termes à néant, revient à rendre la disposition sans objet ni sanction, et à taxer pratiquement d'imbécillité le pouvoir législatif » (1). De même, un adversaire du principe territorial sur lequel repose la règle traditionnelle affirme que celle-ci est « naïve et indéfendable » (2). C'est pourquoi, il n'est pas étonnant de constater, sous la forme de tempéraments à la règle traditionnelle, une émergence de la loi personnelle destinée à faire échec à la fraude à la loi.

C. — TEMPÉRAMENTS A LA RÈGLE : APPARITION DE LA LOI DU DOMICILE.

421. Les autorités qui énoncent la règle de la loi du lieu de célébration assortissent le plus souvent leur affirmation d'exceptions qui sont autant de moyens de prévenir la fraude à la loi et qui manifestent le rôle, souvent négligé, de la loi personnelle. C'est ainsi que Story lui-même énonce deux sortes de tempéraments : le premier pour le cas où le mariage « étranger » serait polygamique ou incestueux ; le second, pour le cas où l'empêchement édicté par la loi du for traduirait une *public policy* fondamentale (3). Il apparaît donc que l'Etat du domicile pourra dans tous les cas sanctionner une fraude commise par ses ressortissants, en déclarant que l'empêchement transgressé traduit un ordre public fondamental. Le premier *Restatement* lui-même, après avoir expressément absous la fraude à la loi, prévoyait par exception le refus de reconnaître les mariages célébrés en violation de la loi du domicile prohibant la polygamie, l'inceste, l'union entre personnes de races différentes, ou toute autre loi prévoyant expressément son application aux

(1) *Lanham v. Lanham* 136 Wis. 360, 117 NW 787 (1908). Rapp. la déclaration, plus modérée dans l'expression, mais identique au fond, d'un juge anglais, *supra*, n° 401.

(2) Cook, *op. cit.*, p. 443 (rapp. p. 449 et 451).

(3) STORY, § 113-*a*. Une autre exception prévue par Story est celle du mariage contracté en pays étranger par deux personnes se réclamant d'une loi personnelle plus permissive ; ainsi se manifestent le rôle de la loi personnelle et le principe de la faveur au mariage.

mariages célébrés dans un autre Etat (1). Effectivement, de nombreux Etats ont édicté des *evasion statutes*, dont le modèle peut s'énoncer ainsi : la loi « s'applique à toute personne résidant et ayant l'intention de continuer à résider dans cet Etat, et qui, incapable ou empêchée de contracter mariage d'après les lois de cet Etat, se rendra dans un autre Etat ou pays et y contractera un mariage déclaré sans valeur (*void*) par les lois de cet Etat ; ce mariage sera nul et de nul effet en tout état de cause dans cet Etat, de la même manière que si le mariage interdit y avait été célébré » (2). Il faut remarquer que le texte ne s'attache pas à l'intention frauduleuse, mais à celle de « continuer à résider » dans l'Etat de son domicile, qui la démontre. D'autre part, fut adoptée en 1912 une loi uniforme visant à sanctionner les mariages frauduleux, le *Uniform Marriage Evasion Act* (3). L'article 1 de la loi uniforme est semblable à la disposition citée plus haut, qui vise la fraude à la loi du for. L'article 2 prend en considération la fraude à la loi étrangère (c'est-à-dire à la loi d'un Etat-frère) : « Aucun mariage ne sera contracté dans cet Etat par une personne résidant, ou ayant l'intention de continuer à résider, dans un autre Etat ou territoire, si ce mariage doit y être considéré comme nul, et tout mariage célébré dans cet Etat en violation de cette disposition sera nul et de nul effet ». Le texte prend donc en considération la fraude à la loi étrangère par application de la loi du for. On sait qu'en pareil cas, une intention de fraude est difficile à établir, dans la mesure où les parties déclarent avoir l'intention de s'établir dans le ressort du for ; c'est pourquoi le texte prévoit avec raison l'annulation ultérieure d'un mariage célébré en violation de la loi d'un Etat-frère. Une fois encore, la fraude n'est pas nommée ; on ne tient compte que de l'attitude des parties, lesquelles ne se présentent dans le ressort d'une loi donnée que le temps d'y contracter le mariage interdit par la loi de leur domicile. La loi uniforme ne fut adoptée que dans cinq Etats (4) ; pour cette raison, les *Commissioners on Uniform State Laws* la retirèrent en 1943. Néanmoins, de nombreux Etats ont édicté des lois déclarant de nul effet sur leur territoire un mariage contracté dans un Etat-frère en contravention à un empêchement fondamental de la loi locale.

422. Il apparaît donc que les juridictions américaines ne seront pas indifférentes à la violation internationale de la loi du for, ni même des lois « étrangères », contrairement à ce que la règle de

(1) V. la disposition correspondante du second *Restatement*, § 283 (2).

(2) V. 44 *Harv. L. Rev.* 521, et GRAVESON, 19 *J. of. Comp. Law* 23. Une telle loi fut adoptée au Massachusetts, à la suite de l'arrêt *Needham* (*supra*, note (2), p. 325) ; v. STORY, § 124-a.

(3) Sur les lois uniformes aux U.S.A., v. R. DAVID, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains* (4^e éd.), n° 418.

(4) Illinois, Louisiane, Massachusetts, Vermont, Wisconsin, v. CHEATHAM, ..., *op. cit.*, p. 778 ; *adde* : COOK, *op. cit.*, p. 449 et s.

conflit énoncée en principe pouvait donner à penser. Cette règle connaît diverses exceptions, qui toutes ont pour but de faire respecter les lois d'un Etat donné en tant qu'elles s'appliquent aux personnes demeurant habituellement sur son territoire. Un auteur, qui comme tous les auteurs américains affirme le principe de la *lex loci celebrationis*, ajoute qu'« elle ne couvre aucun des cas difficiles » et que ces cas sont ceux où le mariage est célébré dans un Etat donné alors que les parties sont domiciliées dans un autre (1). C'est une manière d'exprimer que la loi personnelle (la loi du domicile) n'est pas ignorée. Une brève étude de l'application de la règle de conflit suffit à vérifier cette proposition.

SECTION II

APPLICATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT

A. — GÉNÉRALITÉS.

423. La question de la validité d'un mariage se pose dans des circonstances très diverses. Parfois la nullité en est directement demandée ; dans un grand nombre de cas, la question de la validité est préalable à une autre, qui concerne les effets (*incidents*) du mariage : par exemple le droit de cohabiter, un droit patrimonial, la qualité d'enfant légitime d'un descendant ... Un cas fréquent dans la jurisprudence américaine est celui où une femme invoque comme veuve le bénéfice d'une loi sur les accidents du travail (*Workmen's Compensation Act*) dans un Etat autre que celui où le mariage a été célébré, et où on lui oppose l'irrégularité de ce mariage. Les arrêts sont innombrables, et l'on ne saurait présenter une étude exhaustive du droit américain sur ce point. Au demeurant, on relève un grand nombre de décisions contradictoires. Il convient seulement de montrer que, partant d'un principe qui ouvre la porte à toutes les fraudes, les juridictions américaines savent éventuellement sanctionner celles-ci. Elles le font en visant la loi du domicile des parties ; l'intention de fraude paraît plus fréquemment relevée que dans les décisions anglaises, mais ne constitue jamais la raison de l'annulation d'un mariage, comme cela a parfois été le cas en France par une interprétation discutable de l'article 170 du Code civil. Les décisions sanctionnent le plus souvent une fraude à la loi du for, car c'est normalement dans le ressort de la loi évincée qu'une violation est invoquée, mais parfois une fraude à la loi d'un Etat-frère.

(1) LEFLAR, *The Law of Conflict of Laws (Student's Edition)*, 1959, § 160, p. 307.

424. Le nombre des arrêts n'est pas seulement dû à la diversité des Etats et à la mobilité de la population, mais aussi à la variété des législations des différents Etats. Les empêchements et causes de nullité les plus fréquents sont (ou étaient) : le dol (*fraud*), la violence, la polygamie, la différence de race, la folie, l'inceste, le défaut d'autorisation, l'impuberté ; dans certains Etats des empêchements tenant à un précédent divorce frappent l'époux coupable, ou les deux époux, sous des modalités diverses (interdiction de se remarier pendant un certain temps, ou avec le complice de l'adultère...) (1). De ces différents empêchements on peut écarter le dol, la violence et la folie, en raison du petit nombre de décisions auquel ces empêchements ont donné lieu en relation avec une fraude à la loi (2) ; la polygamie, parce que la question qu'elle soulève en général est celle de la reconnaissance d'un jugement de divorce rendu dans un Etat-frère (3) ; enfin, les empêchements d'ordre racial, parce que ce motif d'annulation est maintenant inconstitutionnel (4). Le défaut d'autorisation et l'impuberté (ces deux conditions étant souvent confondues), l'inceste et le remariage après divorce, sont les trois types d'empêchement ayant donné lieu au plus grand nombre de fraudes à la loi du domicile.

(1) V. TAINTOR, *op. cit.*

(2) V. cependant *Davis v. Seller*, 329 Mass. 385, 108 NE 2d 656 (1952). Un homme de 92 ans et une femme de 69 ans, docteur en médecine, tous deux domiciliés dans le Massachusetts, se rendent dans le New Hampshire le temps d'y contracter mariage. Quatre jours plus tôt, un curateur avait été nommé pour assister le mari « en raison de son incapacité due au grand âge ou à la faiblesse mentale ». Le mariage est déclaré inopposable dans le Massachusetts, quelle que soit sa validité au lieu de célébration. L'exemple montre clairement que dans un cas où l'intention frauduleuse ne fait aucun doute (au moins celle de la femme, qui avait demandé à son mari de tenir le mariage secret), la fraude ne joue aucun rôle pour fonder la sanction en droit. Le juge recherche si le mariage est valide selon la loi du for et il relève que la disposition frappant d'incapacité les faibles d'esprit s'applique à l'une des parties.

(3) Sur ce point, v. *supra*, n° 95.

(4) Un grand nombre d'Etats interdisaient le mariage, et sanctionnaient pénalement la cohabitation, entre blancs et « personnes de couleur ». Le fait qu'un mariage ait été célébré dans un Etat autorisant une telle union n'empêchait pas l'exercice de poursuites criminelles, au nom de l'ordre public ; v. une expression extrême de celui-ci dans un arrêt rendu au Tennessee, *State v. Bell* 7 Baxt. 9 (Tennessee, 1872) (cité par CHEATHAM, ..., *op. cit.*, p. 781). En 1955 encore, une loi raciale était déclarée constitutionnelle par une Cour de Virginie : *Naim v. Naim* 197 Va 80, 87 SE 2d 749 (1955), espèce dans laquelle les parties s'étaient rendues en Caroline du Nord « pour faire fraude à la loi de Virginie ». C'est dans un arrêt *Loving v. Virginia* 388 US 1 (1967) que la Cour suprême fédérale a déclaré que les lois d'Etat prohibant les mariages interracialisés violaient les clauses d'*equal protection* et de *due process* du XIV^e Amendement. A cette date, 16 Etats connaissaient encore de pareilles lois, 14 les avaient abrogées dans les quinze années précédentes.

B. — ETUDE DE JURISPRUDENCE.

425. 1) *Empêchements tenant à l'âge (nonage) et au défaut d'autorisation des ascendants.* — Les deux types d'empêchement sont mal distingués, et leur régime les apparente à ce que le droit français appelle des empêchements prohibitifs. Les tribunaux ne se montrent guère enclins à annuler un mariage célébré dans un Etat-frère entre jeunes gens *under age* ou non autorisés, quand bien même les intéressés se sont délibérément rendus dans un Etat voisin pour échapper à la prohibition locale. Pour justifier cette attitude indulgente, ils énoncent en général qu'« un mariage valide là où il a été célébré est valide partout »; dans certains cas, ils ne font qu'appliquer une disposition législative locale (1). Parfois ils invoquent en faveur de leur décision la protection des enfants nés de l'union, pour qui l'annulation du mariage aurait des conséquences particulièrement néfastes (2). Dans un arrêt de New York, qui paraît le seul de son espèce, la raison invoquée pour ne pas déclarer le mariage nul fut que le demandeur, qui « avait délibérément cherché, et était parvenu à circonvenir les lois de cet Etat », ne se présentait pas à la Cour avec des *clean hands* (3). C'est la solution que permettrait le droit français par application de la règle *Nemo auditur*, encore que la jurisprudence moderne n'en donne pas d'exemple en matière de mariage (4). Ainsi se trouve validé le plus grand nombre des mariages conclus par de très jeunes gens en fraude à la loi de leur domicile, grâce aux facilités qu'offrent les différentes législations de la fédération américaine. Un esprit continental pourrait s'étonner que la fraude soit ainsi tolérée. Ce serait perdre de vue que les solutions du droit français, par exemple, ne sont pas tellement différentes de celles qui viennent d'être évoquées : il suffit pour s'en convaincre de considérer le régime des nullités extrêmement libéral édicté par les articles 183, 185 et 186 du Code civil à l'égard des empêchements envisagés. Des considérations universelles expliquent la parenté des solutions. En fixant un âge minimum pour contracter mariage, la loi entend empêcher l'union de jeunes gens dont la maturité n'est pas suffisante. Si l'annulation d'un mariage célébré en contravention à cette condition est demandée alors que les intéressés ont atteint l'âge requis, et surtout alors que des enfants sont nés du mariage, il paraît exagérément répressif d'accéder à la demande sous le prétexte de sanctionner une fraude passée. Ainsi s'explique que le droit français, le droit anglais et le droit

(1) *V. Mc Donald v. Mc Donald*, 6 Cal. 2d 457 (S., 1936.4.17, note Batiffol).

(2) *Boehm v. Rohlf*s 224 Iowa 226, 267 NW 104 (1957); comp. art. 185 C. civ.

(3) *Carr v. Carr*. 104 NYS 2d 269 (Sup. Ct. 1951).

(4) Sur le droit canonique, v. MAZEAUD, t. I, vol. 3, n° 796. Le rapprochement n'est peut-être pas fortuit, car la notion de bonne foi (*clean hands*) a été introduite en Angleterre par la juridiction d'*equity* du Chancelier, lequel suivait une procédure inspirée du droit canonique (v. R. DAVID, *op. cit.*, nos 304 et 305).

américain parviennent en général à des solutions analogues. Ce qui peut surprendre un juriste français est le moyen utilisé par les tribunaux américains : la solution paraît procéder d'une indulgence du juge à l'égard d'une violation manifeste de la loi, tandis que la solution française repose sur la volonté du législateur ; cependant l'inspiration de l'un et de l'autre est identique.

426. La règle de conflit énoncée par le juge américain ne l'empêche pas d'annuler le mariage conclu par de très jeunes gens dans un Etat-frère, si cette solution lui paraît préférable. Il lui suffit pour ce faire de déclarer que la disposition fraudée traduit une forte *public policy*, dont la méconnaissance doit être sanctionnée ; on ne parle plus alors de la règle de conflit visant la loi du lieu de célébration. Par exemple, dans un arrêt rendu par la Cour suprême du New Jersey, les intéressés s'étaient rendus dans l'Indiana où la loi permettait à la jeune fille de contracter mariage bien qu'elle fût âgée de moins de seize ans, et ils étaient revenus vivre dans le New Jersey. A la demande de la femme, le mariage fut annulé, aux motifs que : « Si le mariage avait été célébré dans cet Etat, la *public policy* serait applicable et la demanderesse obtiendrait l'annulation ; si la *public policy* du New Jersey doit conserver un sens, il faut considérer qu'elle est applicable malgré que le mariage ait eu lieu dans l'Indiana... ; le New Jersey était le seul Etat concerné par le statut [matrimonial des parties], car les deux parties y étaient domiciliées avant et après le mariage... En accomplissant la cérémonie dans l'Indiana, le but était de faire fraude à (*to evade*) la loi du New Jersey, et nous ne voyons aucune raison valable ou contraignante de permettre à cette fraude d'être efficace » (1). L'exemple montre donc que les tribunaux américains savent sanctionner la violation de la loi du domicile lorsque cela leur paraît opportun, comme ils savent écarter la sanction lorsque ce ne le serait pas, mais que ce n'est pas la fraude des parties qui est l'élément décisif de la solution (2). C'est l'attitude qui a été préconisée plus haut pour le droit français, et qu'une application littérale des textes permet (3).

427. 2) *Empêchements tenant à la parenté.* — En énonçant la règle générale de la *lex loci celebrationis*, Story lui-même prévoyait une exception pour le cas des mariages incestueux (4). Mais il

(1) *Wilkins v. Zelichowski* 26 N.J. 370 (1958).

(2) Il n'y a donc pas de décision de principe, mais des décisions d'opportunité. La solution donnée dans l'affaire précitée peut surprendre, car la loi du New Jersey prévoyait la confirmation du mariage nul lorsqu'un enfant en serait né ; cependant la loi ajoutait qu'il serait tenu compte du « meilleur intérêt de l'enfant ». En l'occurrence, la lecture de la décision fait apparaître que le mari se trouvait en prison pour vols répétés. Ce serait sans doute une erreur de voir dans la solution un effet propre à la fraude.

(3) *Supra*, n° 377.

(4) *Supra*, n° 421.

ajoutait qu'«il faut prendre soin de limiter l'exception aux situations qui par l'accord général des nations chrétiennes sont considérées comme incestueuses (1). Si l'on recherche sur quoi portait dans les pays de *common law* le consentement général, il apparaît que l'unanimité ne s'est faite que sur deux points : l'interdiction du mariage entre parents par le sang en ligne directe et entre frères et sœurs. Il est remarquable que ces empêchements soient également les seuls que le droit français considère comme insurmontables ; on peut dire qu'ils expriment un ordre public fondamental, qui est peut être universel. Cependant, les différentes législations américaines édictent toutes sortes d'empêchements tenant à la parenté ou à l'alliance (2), et les exemples de mariages contractés dans un Etat-frère pour échapper à la loi du domicile abondent. Dans certains cas, ces mariages sont annulés (3) ; dans d'autres ils sont validés (4). Il paraît raisonnable de penser qu'ici encore, les juges se prononcent selon l'opportunité (de même qu'en droit français, l'octroi d'une dispense pour les empêchements surmontables est une question d'opportunité) et que la fraude des parties ne joue aucun rôle particulier. Un arrêt vaut d'être cité parce qu'il sanctionne la fraude à la loi d'un *sister-state* : le mariage de deux cousins germains domiciliés dans l'Illinois, où un tel mariage est interdit, célébré à la faveur d'un bref séjour dans le Kentucky, est déclaré inopposable dans le Minnesota par application de la loi de l'Illinois (5).

428. 3) Empêchements tenant à un précédent divorce. — Les différentes législations offrent une grande variété sur ce point : parfois l'époux coupable d'un adultère ne peut pas se remarier, ou il ne peut épouser son complice ; ou bien un époux coupable ne peut se remarier aussi longtemps que son conjoint n'est pas lui-même remarié, ou il ne peut se remarier pendant une période donnée... Les décisions à l'égard de mariages frauduleux varient également, mais la tendance est de ne plus faire respecter ce type de dispositions, c'est-à-dire de déclarer valides les mariages célébrés dans un Etat-frère en fraude à la loi du domicile (6). Pour ce faire,

(1) STORY, § 104.

(2) V. TAINTOR, *op. cit.*, p. 627, comparant les empêchements dans les différents Etats.

(3) V. les arrêts cités par LEFLAR, *op. cit.*, § 161, p. 309, note (15) ; *adde* : *Catalano v. Catalano* 148 Conn. 288, 170 A 2d 726 (1961).

(4) V. LEFLAR, *op. et loc. cit.*, note (16). *Adde* : *In Re May's Estate*, *supra*, n° 210 ; *In Re Miller's Estate* 214 N.W. 248 (Michigan, 1927) ; *Schofield v. Schofield* 51 Pa. Super. 564 (1912). Dans la plupart des arrêts validant un mariage incestueux, l'un des époux est décédé, et il s'agit de permettre au survivant d'exercer des droits patrimoniaux.

(5) *Meisenhelder v. N.W. Ry Co* 170 Minn. 317, 213 N.W. 32 (1927) (*Clunet*, 1928.1275). (L'Illinois avait adopté le *Uniform Marriage Evasion Act*, *supra*, n° 421).

(6) Des arrêts anciens ont annulé des mariages conclus en fraude à la loi du domicile ; v. *Pennar v. The State*, Cour suprême du Tennessee, 29 janv. 1889, *Clunet*, 1889.903 ; *Lanham v. Lanham*, *préc.* Pour la prise en considération par

les juges se réfèrent le plus souvent à la règle de la loi du lieu de célébration (1); un autre procédé consiste à déclarer que la loi locale est une loi pénale, qui ne s'applique pas extra-territorialement (2). Les juges américains paraissent priser cette méthode de suppléer à ce qu'ils considèrent comme une carence du pouvoir législatif face à des prohibitions ne traduisant plus le sentiment commun, et qui consiste à tolérer la fraude à la loi de droit « inter-tatique » (3). Elle traduit surtout l'archaïsme qui consiste à maintenir plus de cinquante lois de droit privé différentes dans les Etats-Unis d'aujourd'hui.

429. Conclusion du Chapitre III. Le droit américain connaît une règle de conflit aux termes de laquelle la loi applicable à la formation du mariage est la loi du lieu de célébration, sans qu'il soit fait de distinction — comme c'est le cas dans la plupart des autres droits — entre la forme et le fond. La règle peut surprendre, en ce que, prise à la lettre, elle est le véhicule de toutes les fraudes. En fait, une brève étude du droit positif suffit à indiquer que le principe de la loi du domicile n'est pas inconnu; il apporte une exception à la règle précédente, dans tous les cas où un empêchement prévu par la loi du domicile traduit un ordre public fondamental. Ainsi se trouve pratiquement assurée la sanction de la fraude, lorsque cette sanction paraît souhaitable. Mais il convient de souligner que la *fraus* des parties n'est pas réprimée pour elle-même : ce que l'on sanctionne, le cas échéant, c'est la violation de dispositions jugées fondamentales; et dans les cas les plus nombreux, la fraude est tolérée parce que la violation est jugée insuffisante pour justifier l'annulation d'un mariage. Il ne semble pas que la fraude seule ait jamais justifié une décision d'annulation (4). Trois raisons peuvent expliquer cet état du droit américain. La première est

un Etat d'une fraude à la loi d'un Etat frère, v. *Hall v. Industrial Commission of Wisconsin* 165 Wis. 364, 162 N.W. 312 (1917); l'arrêt relève la communauté de politique entre la loi du for et celle de l'Illinois, et conclut qu'il est inutile de plaider la validité du mariage au lieu de célébration.

(1) *Fisher v. Fisher* 250 NY 313, 165 NE 460 (1929) (*supra*, n° 212).

(2) V. TAINTOR, *op. cit.*, p. 625.

(3) Ou international; v. l'exemple des divorces mexicains, *supra*, n° 94. Rapp. TAINTOR, *op. cit.*, p. 631 : « Les décisions reconnaissant la validité de mariages conclus hors de l'Etat [en fraude à la loi du for] paraissent refléter un désaveu judiciaire de la *policy* que traduit l'empêchement législatif »; rapp. VON MEHREN et TRAUTMAN, p. 219 et s. : « The pseudo-multistate situation : pretexts for escape from domestic solutions ». La méthode a été critiquée au motif que « ce n'est pas l'affaire des tribunaux de substituer leurs appréciations à celle de la législature » (CURRIE, *Selected Essays*, p. 206).

(4) « Les problèmes soulevés par les tentatives de mariage en dépit d'empêchements divers ont été résolus dans la plupart des cas en considérant la force de la *public policy* que traduisait l'empêchement... Dans les espèces où l'intention subjective de fraude a été retenue, le mariage violait quelque *public policy* fondamentale de l'Etat. Dans celles où elle n'a pas été retenue, la *policy* n'était pas fondamentale » (TAINTOR, *op. cit.*, p. 629).

l'absence apparente de dispositions édictant une prescription aux actions en nullité de mariage, contrairement à ce qui est le cas pour la plupart des empêchements dirimants du droit français; les tribunaux ont dû par conséquent faire preuve d'indulgence à l'égard d'un grand nombre d'unions qui auraient été annulées, sans aucun bénéfice pour la société, si la loi avait été appliquée à la lettre. D'autre part, la violation manifeste de la loi écrite est peut-être moins choquante pour un esprit américain que pour un esprit continental, la loi n'étant pas la source de droit normale; ceci explique également que l'on ne se soucie pas de modifier une législation ne correspondant plus aux mœurs, laissant aux tribunaux le soin de faire face aux situations nouvelles. Un moyen pour eux de moderniser la loi, *lato sensu*, a été de tolérer la fraude à la loi par recours à la législation d'un Etat-frère, fraude particulièrement tentante dans un pays où il arrive que l'on change plusieurs fois de législations lors d'un bref déplacement. Cette observation apporte une troisième explication, et sans doute la plus éclairante, du droit américain : on se soucie peu de faire respecter la loi personnelle des individus dans des conflits entre Etats « relevant d'une même souveraineté politique, et dont les systèmes juridiques participent d'une origine, d'une substance, et d'un esprit communs » (1). Cette dernière raison explique surtout que ce qui est la règle dans d'autres systèmes — à savoir la compétence de la loi personnelle — soit aux Etats-Unis l'exception (2). Mais il s'agit là d'une différence de technique juridique car les mêmes problèmes reçoivent les mêmes solutions.

(1) BATIFFOL-LAGARDE, n° 413; *adde* : BATIFFOL, note au S., 1936.4.21 : « Les lois en conflit, bien que différentes, sont des lois américaines qui, comme valeur sociale, sont interchangeables ».

(2) « Que la loi favorise le mariage, et qu'un mariage valide là où il a été célébré soit tenu pour valide en tout lieu, sont maintenant des principes établis de notre droit. Comme tous les principes généraux, cependant, ils connaissent des exceptions; ainsi lorsque des circonstances particulières rendraient leur application inéquitable, ou lorsqu'ils vont à l'encontre d'une *public policy* déclarée ou des bonnes mœurs » (*Hall v. Industrial Commission of Wisconsin*, préc.).

CONCLUSION DU SOUS-TITRE I

430. L'étude comparative du mariage en droit international privé français, anglais et américain se justifiait parce que le mariage est un terrain d'élection de la fraude à la loi de droit international ; mais elle permet également de dégager des remarques d'ordre plus général, sur la loi applicable à la formation du mariage. En ce qui concerne la fraude, la question est de savoir si l'on doit systématiquement annuler un mariage par cela seul qu'il a été célébré sous l'empire d'une loi étrangère afin d'échapper à l'empire d'une loi plus compétente. Cette question se pose notamment en droit français et à l'égard de la loi du for, parce que l'action en nullité qui sanctionne les vices de fond est en général prescrite après un temps assez bref. Comme ce régime est inspiré par une politique de faveur au mariage, il est douteux que le souci de réprimer la fraude doive l'emporter sur l'intérêt de maintenir une union devenue régulière (1). Pratiquement, la fraude ne doit être sanctionnée que lorsqu'elle a lésé un intérêt déterminé. D'autre part, le principe de faveur au mariage est de portée universelle, c'est-à-dire qu'il doit s'appliquer quelle que soit l'origine des intéressés. C'est pourquoi il n'est pas davantage opportun de prendre en considération la fraude à une loi étrangère différente de la loi du for, en refusant de marier deux personnes par respect pour leur loi personnelle ou en annulant leur mariage. Pourtant, dans chaque pays on énonce une règle de conflit bilatérale ; mais il est significatif que dans aucun on ne cite d'exemple où un mariage valable d'après la loi du for ait été déclaré nul par respect pour une loi étrangère. En revanche, la doctrine américaine a prévu qu'un mariage nul là où il a été célébré, mais valide d'après la loi du for, soit reconnu (2). Ceci illustre bien la prééminence de l'ordre public du for, dont la limite est fixée par les empêchements qui en droit interne sont insurmontables. En droit français, de même que l'on doit renoncer, par la force des choses, à appliquer la loi nationale aux Français qui se rendent à l'étranger et y demeurent, on ne se fait pas faute d'appliquer la loi française

(1) Rappr. TAINOR, *op. cit.*, p. 630 : « Un mariage qui, conclu sans intention de fraude, ne heurte pas suffisamment l'ordre public pour être annulé, ne devient pas plus odieux pour avoir été conclu avec l'intention de tourner la prohibition ».

(2) *Supra*, note (3), p. 327.

aux étrangers qui demeurent en France. C'est la revanche de la territorialité sur la loi personnelle.

431. Ces observations conduisent à s'interroger sur la règle de conflit la plus appropriée en matière de mariage. Il semble que dans la plupart des cas, la question de la validité d'un mariage se trouve posée au lieu du domicile matrimonial et que la loi du for prévaut, de manière plus ou moins avouée. C'est pourquoi un auteur anglais et un auteur américain ont pu suggérer que la règle de conflit donne expressément compétence à la loi du domicile matrimonial (1). Cependant, la règle présenterait l'inconvénient de ne pas tenir compte de l'intérêt de la loi personnelle des parties au moment de la célébration du mariage ; en déclarant que la loi applicable à la formation du mariage est celle du domicile matrimonial déclaré, on encouragerait la fraude par déclaration mensongère d'une volonté d'établissement à l'étranger et l'on devrait se départir de la règle pour sanctionner la fraude. Aussi, quel que soit le principe énoncé, il paraît impossible de s'y tenir (2). Ceci explique, en droit comparé, qu'à partir de principes différents, les solutions du droit positif soient remarquablement proches.

(1) CHESHIRE, 7^e éd., p. 276 et s. ; COOK, *op. cit.*, p. 448 ; *adde* : TAINTOR, *op. cit.*, p. 631 et 632. Le second *Restatement* du Conflit de lois, suivant en cette matière un principe général (v. VON MEHREN, « Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux Etats-Unis », *Clunet*, 1973.152) soumet la validité du mariage à la loi de l'Etat qui, relativement à la question considérée, présente les liens les plus étroits avec les époux et le mariage. Ceci paraît devoir conduire dans le plus grand nombre de cas à la loi du domicile matrimonial.

(2) On pourrait envisager que l'aptitude à contracter mariage soit régie par la loi personnelle, tandis que la validité et les effets de celui-ci seraient gouvernés par la loi du domicile matrimonial. M. Batiffol a écarté cette possibilité (*Traité*, 4^e éd., n^{os} 428 et 430), tout en admettant à diverses reprises que la loi personnelle soit évincée au nom de l'ordre public (pour l'appréciation de la validité du mariage, v. n^{os} 415 et 416 ; pour ses effets, v. n^{os} 435 et 437).

SOUS-TITRE II

LE DIVORCE

432. Parmi les différents empêchements au mariage, il en est un qui est édicté par la quasi-totalité des législations positives, et qui a trait à l'existence d'un précédent mariage non dissous. Cependant, lorsque la nullité d'un mariage est invoquée de ce chef, il est rare que la précédente union n'ait pas été rompue par une formalité quelconque ; la bigamie pure et simple ne paraît guère pratiquée. En revanche, il est fréquent que la première union ait été déclarée dissoute par un divorce prononcé dans un pays étranger, et le demandeur en annulation invoque alors l'irrégularité de ce divorce au regard de la loi du for. Ainsi s'explique la place importante que tiennent en droit international privé, et plus particulièrement en matière de reconnaissance des jugements étrangers, les questions entourant le divorce.

433. S'il est relativement fréquent que soit contestée la validité d'un divorce rendu en pays étranger, c'est précisément parce que le soupçon de fraude à l'égard d'un tel divorce est naturel. Il l'est pour diverses raisons déjà évoquées, et qui peuvent être résumées brièvement. En premier lieu, l'empêchement au mariage tenant à une précédente union est en principe insurmontable : c'est pourquoi lorsque deux époux ne peuvent divorcer, soit que leur loi personnelle ne le permette pas, soit qu'elle édicte des dispositions restrictives, il est tentant pour eux de s'adresser à un juge étranger réputé complaisant. Si les époux sont d'accord pour ce faire, leur séparation ne se heurtera normalement à aucun obstacle dans le ressort même de la loi à laquelle ils se sont soustraits. Vis-à-vis des tiers, le remariage consécutif à un divorce prononcé dans un pays lointain, et célébré aussitôt après, jouit d'une respectabilité dont ne bénéficie pas le concubinage pur et simple, qui lui est juridiquement proche. Enfin, à supposer qu'un intéressé conteste un jour la validité du divorce étranger, l'écoulement du temps peut avoir conforté la situation d'une manière telle qu'il paraîtra souhaitable de ne pas revenir sur une situation établie.

434. Ces raisons expliquent que la fraude à la loi de droit international se soit toujours exercée en matière de divorce plus que dans n'importe quelle autre. C'est notamment le dernier des facteurs décrits plus haut, à savoir le confort qu'apporte le temps à la fraude, qui en rend la sanction difficile. Or il ne paraît pas possible que le législateur prenne en considération ce facteur, en prévoyant qu'un divorce frauduleusement obtenu à l'étranger soit reconnu après un certain temps. Admettre ceci en droit serait encourager ouvertement la fraude ; ce qui doit retenir les individus de se placer sous l'empire d'une loi étrangère, c'est la croyance, fondée ou non, qu'un divorce ainsi obtenu pourra toujours être efficacement contesté dans le ressort de la loi compétente. Il est vrai que le droit français connaît pour d'autres empêchements au mariage une prescription à l'action en nullité remarquablement courte ; mais il s'agit précisément d'empêchements dont la raison d'être disparaît avec le temps, tels que ceux tenant au jeune âge. En revanche, l'empêchement tenant à l'existence d'un précédent mariage non valablement dissous ne devrait pas perdre de sa force avec le temps, le mariage étant encore, dans la conception française et dans celle de la plupart des nations, une union « sérieuse, unique et perpétuelle » (1). Ceci explique que dans un pays dont la législation ne connaît pas le divorce, les séparations obtenues à l'étranger ne puissent bénéficier avec le temps d'une indulgence quelconque. En revanche, la situation n'est pas aussi nette dans un pays comme la France où, bien que le divorce soit en principe considéré comme un mal nécessaire et soumis comme tel à des conditions restrictives, la pratique est loin d'être ferme (2) ; il est alors malcommode de ne pas tolérer des situations irrégulières au regard des principes, mais qui ne heurtent pas l'opinion commune et que l'écoulement du temps a rendu pratiquement irréversibles. Partagé dans un conflit entre la rigueur des principes et le laxisme de la pratique, le juge français se trouve contraint de paraître sévère tout en ne l'étant pas et en particulier de lutter contre la violation internationale de la loi sans trop la sanctionner. La distorsion du droit interne, où la pratique du divorce d'accord l'emporte sur le principe du divorce-sanction, va se traduire en droit international privé par le fait que la violation internationale de la loi est mal sanctionnée, qu'il s'agisse de la loi française ou de la loi étrangère.

435. Des considérations tenant à la réglementation des conflits de lois amplifient, en droit français, le décalage entre le fait et le droit. La difficulté est de formuler une règle de conflit propre à

(1) CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle (Etudes offertes à Georges Ripert)*, p. 325 et s. (p. 340, 341, 343).

(2) On estime que les deux tiers ou les trois-quarts des divorces prononcés en France sont des divorces d'accord. V. CHESNÉ, « Le divorce par consentement mutuel », D., 1963, Chron. 95.

rendre une solution satisfaisante dans tous les cas. Le droit français est parti du principe de la compétence de la loi nationale, en une matière touchant à l'état des personnes. Or il est impossible de ne pas tenir compte de la compétence légitime de la loi du domicile. Celle-ci a été expressément reconnue, mais à une époque récente et après beaucoup d'hésitations, dans le cas où les époux sont de nationalité différente (1). Il est permis de dire que la règle *Rivière* fut accueillie avec soulagement par la jurisprudence, qui y vit le moyen de reconnaître le divorce de Français rendu dans des conditions plus larges que celles prévues par la loi française (2), et qui s'empressa d'appliquer la règle de manière à prononcer le divorce d'étrangers établis en France (3), sans égard à la teneur de leur loi personnelle (4). Là où demeure le principe de la loi nationale, c'est-à-dire lorsque les époux sont de même nationalité, il est à prévoir que la loi du domicile s'introduise sous une forme déguisée. On s'efforcera de le montrer, qu'il s'agisse de consacrer l'éviction de la loi française ou des lois étrangères. En ce qui concerne la première, il serait surprenant que l'« effet atténué » de l'ordre public, expressément affirmé à l'égard des mariages « mixtes », ne se manifestât pas également à l'égard des conjoints tous deux français. Il semble que l'« équivalence » volontiers reconnue entre une loi étrangère appliquée et la loi française soit le pendant inavoué de l'effet atténué de l'ordre public. En ce qui concerne les lois étrangères, on aura l'occasion de constater divers « tempéraments » à l'application bilatérale de la règle de conflit, tels que la non-invo-cation de la loi étrangère « compétente » et l'acceptation d'un renvoi douteux de la loi étrangère à la loi française, dans lesquels il est difficile de ne pas voir une introduction de la loi du domicile lorsque celui-ci est situé en France (5). On assiste donc à une émergence de la loi du domicile, en laquelle certains pourraient déplorer un recul des principes. Il faut répondre que dans ce cas, les principes seraient mal compris : le choix du rattachement à la nationalité n'implique pas — ou ne devrait pas impliquer — que toute valeur soit déniée au domicile (6). Le nier serait d'une certaine façon s'interdire toute explication du droit positif.

(1) Civ., 17 avr. 1953, *Rivière*, *Rev. crit.*, 1953.412, note Batiffol.

(2) L'arrêt *Rivière* a doublement affaibli l'autorité antérieurement reconnue à la loi française, en énonçant la théorie de l'effet atténué de l'ordre public pour reconnaître en France des droits acquis à l'étranger.

(3) Civ., 15 mars 1955, *Lewandowski*, *Rev. crit.*, 1955.320, note Batiffol ; *Clunet*, 1956.146, note Goldman.

(4) V. Civ., 22 févr. 1961, *Corcos*, D., 1961.437, note Holleaux ; *Rev. crit.*, 1961.382, note Batiffol ; *Clunet*, 1961.734, note Goldman ; *infra*, n° 468.

(5) « On peut conjecturer qu'en admettant ou en rejetant le renvoi, les tribunaux et les Cours d'appel aient visé souvent à atteindre un résultat concret considéré en soi comme souhaitable » (FRANCSKAKIS, *La théorie du renvoi...*, n° 271, p. 216).

(6) Rappr. la conception du renvoi-règlement subsidiaire de LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (*Précis*, 6^e éd., n° 259, p. 278).

436. La réglementation du divorce en droit international privé français est donc dominée par deux traits : le décalage dans l'ordre interne entre l'ordre public réel et l'ordre public affirmé ; le décalage dans l'ordre international entre l'affirmation souvent absolue du rattachement à la nationalité et la nécessité de tenir compte du rattachement au domicile. Entre ces deux phénomènes, il n'est pas interdit de chercher une correspondance. Celle-ci paraît être que des différentes lois en conflit, la plus restrictive est en général sacrifiée au profit de la plus tolérante et que le rattachement (avoué ou non) au domicile est le moyen de ce choix. La règle paraît se vérifier aussi bien lorsque la loi française est la plus restrictive, que lorsqu'elle est la plus tolérante : depuis son adoption, la règle *Rivière* a constamment été appliquée pour reconnaître le divorce d'époux français rendu dans des conditions non admises par la loi française, ou pour divorcer des étrangers dans des conditions non permises par leur loi nationale, rarement pour s'opposer à un divorce que ne permet pas l'une des lois nationales en conflit. On peut être tenté d'en déduire que le droit français est de plus en plus tolérant envers la fraude à la loi. Cette conclusion serait cependant hâtive ; car en présence d'un *vrai conflit*, il n'est pas injustifié de permettre le divorce alors que toutes les lois en conflit ne l'admettent pas, ou d'appliquer la plus tolérante. L'objet de la présente étude doit donc être de rechercher dans quelle mesure les principes et la pratique actuels du droit français permettent à la fraude de s'exercer. Pour cela, il convient d'envisager séparément la fraude à la loi du for et la fraude à la loi étrangère.

SECTION I

LA FRAUDE A LA LOI DU FOR

437. La question de la fraude à la loi du for se pose à propos de la reconnaissance en France de divorces prononcés à l'étranger. Elle soulève une question de définition, qui est de savoir quelle est exactement la règle fraudée. Ayant restreint le problème à la violation de la règle française *de fond* (A), on envisagera ses éléments de solution (B), avant de passer en revue la jurisprudence (C). Il apparaîtra que l'intérêt de cette étude concerne moins le problème de la fraude à la loi française, laquelle a pratiquement disparu en ce domaine, que la détermination de l'ordre public français en matière de divorce et, par voie de conséquence, la question de la fraude à la loi étrangère.

A. — DÉLIMITATION DU PROBLÈME.

438. Lorsque l'on parle de fraude à la loi française en matière de divorce, on pense normalement à la loi française de *fond*. On peut cependant l'envisager également comme une fraude à la *règle de conflit* française, dans les cas où celle-ci ne donne pas compétence à la loi française de fond. De fait, le caractère impératif de la règle de conflit a parfois été invoqué dans des hypothèses où il n'était pas allégué que la loi française de fond fût applicable (1). Cette vue se recommande d'un argument sérieux, mais elle est cependant contestable. En sa faveur, on peut dire qu'il n'est pas entièrement abusif, dans une instance en exequatur notamment, de « projeter » les règles de droit international privé du for à des situations qui n'avaient pas de lien avec celui-ci lorsqu'elles sont nées, parce que l'exigence de l'exequatur traduit le fait que l'ordre juridique du for a acquis un intérêt à l'examen de la situation. Mais en revanche, on voit mal pourquoi accorder à la règle de conflit une valeur impérative en soi, c'est-à-dire conférer au rattachement choisi une valeur supérieure à tout autre. Il est notamment admis que le rattachement au domicile est aussi justifiable que le rattachement à la nationalité, et d'autre part cette conception serait difficilement conciliable avec l'acceptation du renvoi au second degré (2). Il importe donc assez peu à l'ordre juridique du for que tel rattachement soit pris en considération plutôt que tel autre par la loi étrangère, pourvu toutefois que ce rattachement soit sérieux. C'est pourquoi il est permis de penser que les décisions françaises qui ont invoqué le respect de la règle française de conflit pour refuser de reconnaître des divorces étrangers, dans des cas où la loi française de fond n'était pas applicable, n'ont vu là qu'un moyen de sanctionner un comportement jugé répréhensible en soi ; ces hypothèses ne relèvent donc pas de l'étude de la fraude à la loi française (3).

439. Cependant, lorsque la règle de conflit donne compétence à la loi du for, il est encore possible de voir dans la fraude à la loi du for une fraude à la règle de conflit. Mais cette manière de voir prête également à celle-ci une valeur que l'on peut estimer excessive. Pour le comprendre, il suffit d'évoquer le processus d'élaboration de la règle de conflit française. Le Code civil a posé que les lois sur l'état des personnes s'appliquent aux Français en quelque lieu qu'ils se trouvent (art. 3 al. 3), mais semble-t-il hors de toute

(1) *Supra*, nos 268 et s., et notamment n° 271.

(2) V. Trib. civ. Seine, 20 oct. 1956, *Rev. crit.*, 1958.119, note Batiffol ; *Clunet*, 1959.454, note Goldman, admettant (dans une espèce où les époux étaient de nationalité différente) le renvoi de la loi du domicile à la loi nationale du mari.

(3) Réciproquement, on a montré que lorsque la loi française de fond est compétente, il n'y a pas lieu d'envisager une fraude à une loi étrangère évincée (*supra*, n° 251).

préoccupation de conflits de lois (1). Cette disposition a été par la suite érigée en règle de conflit bilatérale, mais le principe de la loi nationale n'a jamais été admis sans restriction ; on a pu écrire notamment qu'« il entre beaucoup plus de sentiment que de raison » dans la prépondérance donnée en France à la loi nationale (2). Si l'on considère d'autre part une autre règle de conflit, élaborée à l'époque moderne, selon laquelle la loi applicable au divorce d'époux de nationalité différente est la loi du domicile commun, il apparaît que cette règle a été admise pour répondre à un besoin pratique : il s'agissait de reconnaître en France un certain nombre de divorces mettant en cause des Français et rendus en application d'une loi étrangère, dans des circonstances où l'on avait éprouvé depuis longtemps la vanité de vouloir imposer la compétence de la loi française. La règle a corrélativement permis de divorcer des Français mariés à des étrangers dont la loi nationale n'admet pas le divorce, alors que cette solution s'imposait dans les faits, au moins lorsque le domicile conjugal est en France. Dans l'un et l'autre cas, les considérations pratiques ont été primordiales dans l'élaboration de la règle de conflit (3). Si l'on garde à l'esprit les circonstances de cette élaboration, on comprend qu'il importe assez peu à l'ordre juridique français que le divorce d'un Américain et d'une Allemande domiciliés en Angleterre soit prononcé ou non selon la loi anglaise. Et même si ces époux sont domiciliés en France, il pourra paraître dans certains cas abusif de ne pas reconnaître un divorce prononcé par application de la loi allemande ou de telle loi américaine. Pour ces raisons, la fraude à la loi du for doit être envisagée comme une fraude à la loi de fond.

B. — ÉLÉMENTS DE SOLUTION.

440. Pour que l'on envisage de sanctionner une fraude à la loi, il faut d'une part que celle-ci ait été évincée alors qu'elle avait un titre prépondérant à s'appliquer, et d'autre part que les buts qu'elle vise soient méconnus par l'application de la loi étrangère. On peut donc distinguer un facteur quantitatif et un facteur qualitatif, qui doivent être envisagés successivement.

441. 1) *Le facteur quantitatif.* — La question est de déterminer à qui les lois françaises sur le divorce sont applicables. On sait que

(1) V. BATIFFOL-LAGARDE, n^{os} 273 et 379.

(2) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, n^o 237 (opinion reprise par LOUSSOUARN, n^o 339).

(3) V. BATIFFOL-LAGARDE, n^o 443 : « Cette jurisprudence ... a apporté la solution qui s'imposait au problème des nombreux foyers fondés en France par les étrangers ayant épousé des Françaises, foyers en fait français, mais qu'il paraissait audacieux de soumettre sans texte à la loi du domicile contre la compétence de la loi nationale... ».

la réponse déduite de l'article 3 alinéa 3 du Code civil ne s'est pas avérée satisfaisante dans tous les cas, puisque la relation matrimoniale met en cause deux personnes qui peuvent être de nationalité différente (1). La réponse doit être cherchée dans le règlement de conflit actuel ; mais celui-ci étant formulé en règles de conflit bilatérales, c'est-à-dire d'une manière qui n'apporte qu'une réponse indirecte à la question envisagée, doit encore être nuancé. D'après ce règlement de conflit, la loi française est applicable au divorce d'époux tous deux français, ainsi qu'à celui d'époux de nationalité différente et tous deux domiciliés en France (2). Dans les deux cas, des précisions doivent être apportées, montrant que l'impérativité de la loi française varie grandement selon les situations.

442. S'agissant de *deux époux français*, on peut considérer que la loi française est moins impérative lorsqu'ils sont tous deux domiciliés à l'étranger que lorsqu'ils sont domiciliés en France. Car dans le premier cas, la compétence de la loi française s'exerce concurremment, en fait, avec celle de la loi locale. Si deux Français obtiennent le divorce à l'étranger par application de la *lex fori*, il convient donc de distinguer selon leur domicile avant et après cette séparation. En particulier, s'ils sont demeurés, ou si l'un d'eux est demeuré, à l'étranger après le divorce, on peut considérer que le conflit était un vrai conflit, dans lequel la loi française n'avait pas un titre largement prépondérant à s'appliquer. Si au contraire, les époux sont retournés en France immédiatement après le prononcé du divorce, il est permis de dire que la loi française a été indument évincée.

443. S'agissant d'*époux de nationalité différente et tous deux domiciliés en France*, il faut distinguer selon que l'un d'eux est français ou non. Dans le premier cas, la loi française de fond a un intérêt incontestable, et même prépondérant, à s'appliquer. Si les époux se rendent à l'étranger pour y divorcer, il est donc permis de parler de fraude à la loi française ; mais encore faut-il distinguer en pareille hypothèse selon que la loi étrangère appliquée est la loi nationale de l'autre époux ou une loi tierce, pour déterminer le degré de violation de la loi française. Lorsque les deux époux sont de nationalité étrangère, la loi française a encore un titre légitime à s'appliquer, au titre de loi du domicile ; mais ce titre n'est pas nécessairement prépondérant. Il semble que les lois nationales de l'un et l'autre époux doivent être prises en considération, notamment lorsqu'elles sont plus proches l'une de l'autre qu'aucune d'elles ne l'est de la

(1) Sur le conflit des lois personnelles dans les relations de famille, v. BATIFFOL-LAGARDE, n° 388.

(2) Sur la règle *Tarwid*, selon laquelle la loi du for « régulièrement saisi » s'applique lorsqu'il n'y a ni nationalité ni domicile commun, v. *infra*, n° 460 et 461.

loi française. On comprend pourquoi dans ce cas il faut se garder de parler de fraude à la règle de conflit française, si ces époux obtiennent le divorce par application de la loi personnelle de l'un d'entre eux (1). Cette hypothèse indique que la solution ne doit pas non plus dépendre de la seule prise en considération des rattachements de l'espèce, mais qu'il convient également de prendre en considération la teneur des lois en conflit.

444. 2) Le facteur qualitatif. — Pour déterminer dans quels cas la loi française sur le divorce souffre une violation substantielle par suite de l'application d'une loi étrangère, il convient de rechercher quelle est la substance de la loi française sur le divorce ; en d'autres termes, quel est l'ordre public français en la matière. Il a déjà été indiqué pourquoi cette détermination est malaisée : on constate en droit interne un écart croissant entre la politique législative et le droit positif (2). D'un point de vue général on peut, en schématisant, classer les solutions législatives en matière de divorce en trois groupes. Le divorce peut tout d'abord être interdit sans restriction. Il peut en second lieu être ouvert selon des modalités qui tendent à le limiter (divorce-sanction, prononcé pour faute, ou divorce subordonné à des conditions objectives telles que l'écoulement d'un certain nombre d'années depuis le mariage). Il peut enfin être ouvert sans restriction, soit du consentement mutuel des époux, soit à la demande de l'un d'eux (répudiation). La position actuelle du droit français dans ce schéma est ambiguë. Avant 1884, le divorce était interdit, et les tribunaux n'hésitaient pas à tenir pour dépourvus d'effets en France les divorces obtenus par des Français à l'étranger, même après avoir changé de nationalité (3). En 1884, le divorce fut rétabli, mais dans un esprit restrictif à l'égard de l'institution (divorce-sanction). Depuis, la politique législative est demeurée dans l'ensemble hostile au divorce, mais la pratique n'a cessé de se rapprocher du divorce d'accord, ou par consentement mutuel (4). Les conséquences de cette situation en droit international privé sont, d'une part, la disparition à peu près totale de la fraude caractérisée des particuliers et, d'autre part, la reconnaissance sans cesse plus libérale des jugements étrangers rendus par application de la loi du for, dans le cas où les époux n'entendaient pas particulièrement faire fraude à la loi française.

445. En premier lieu, si deux époux français sont d'accord pour divorcer, ils n'ont normalement pas besoin pour ce faire de se

(1) *Supra*, n° 439.

(2) *Supra*, n° 434.

(3) *Supra*, n° 183.

(4) Le divorce par consentement mutuel est celui qui est prononcé au seul motif que les époux sont d'accord pour le demander ; le divorce d'accord est celui dans lequel les époux sont obligés de simuler des griefs (v. CHESNÉ, *op. cit.*) ; il n'y a au fond aucune différence entre l'un et l'autre.

rendre à l'étranger, la pratique française leur permettant de divorcer lors même qu'ils n'ont à invoquer aucune des causes prévues par les textes. Si l'un seul des époux veut divorcer, rien ne peut l'empêcher de se rendre devant un juge étranger complaisant ; mais tant que son conjoint s'opposera à ce divorce, il n'a pratiquement aucune chance de voir celui-ci reconnu en France : car le divorce par répudiation est incontestablement contraire à l'ordre public français. Le cas s'étant présenté dans l'affaire *Weiller*, on a parlé de « fraude » pour qualifier le comportement de l'intéressée ; mais la sanction ne reposait pas sur la fraude et celle-ci n'était pas complète tant que la femme ne se prévalait pas en France de son nouveau statut (1).

446. En second lieu, la jurisprudence est amenée à faire preuve d'un laxisme croissant en matière de reconnaissance de divorces prononcés à l'étranger, dans le cas où la loi française était en principe compétente. Il paraît en effet inutile de ne pas admettre à ces divorces sous le prétexte que la loi étrangère est plus libérale que la loi (écrite) française, alors que celle-ci n'est pas respectée en France même ; il en est d'autant plus ainsi lorsqu'il n'y avait pas véritablement fraude de la part des parties (lorsque le conflit était un vrai conflit), du fait de leur établissement à l'étranger. Pour « sauver » les divorces rendus en application d'une loi incompétente, les tribunaux ont eu recours à la notion d'*équivalence* : la loi étrangère est considérée comme équivalente à la loi française, les causes de divorce étant de même nature (2). L'importance de cette jurisprudence pour la détermination de l'ordre public français ne peut échapper. Au point de vue pratique, on peut en conclure que si les Français n'ont plus besoin de se rendre à l'étranger pour divorcer de leur consentement mutuel, ceux qui ont un établissement suffisant dans un pays dont la législation offre des facilités particulières peuvent tirer parti de la loi locale sans grand risque. Enfin, au point de vue de la politique législative, l'expérience française paraît indiquer qu'il est impossible de s'opposer au divorce d'accord, dès lors qu'est admis le divorce-sanction. S'il en est ainsi, c'est parce que la barrière élevée contre le divorce emprunte des considérations subjectives (divorce-sanction prononcé pour faute) et donc se prêtant au mensonge (griefs simulés, et réciproques pour éviter tout inconvénient). La lutte contre les divorces frauduleux paraît n'avoir de sens que dans les pays dont la législation interdit complètement le divorce ou le subordonne à des conditions objectives ; là où le divorce n'est limité que par des considérations d'ordre subjectif, elle n'aurait

(1) *Supra*, n° 139 et s. ; cependant, la défense à l'action en inopposabilité intentée par le mari constituait d'une certaine façon l'exercice des droits acquis sous l'empire de la loi étrangère. V. également Trib. civ. Seine, 29 juin 1938, *Clunet*, 1939.61 ; Trib. gr. inst. Paris, 6 juill. 1972, *Agier*, *Clunet*, 1973.728, note Audit.

(2) *Infra*, n° 449.

de sens qu'à l'encontre des séparations qui équivalent à une répudiation unilatérale (1).

C. — ETUDE DE LA JURISPRUDENCE.

447. On doit envisager la reconnaissance en France des divorces prononcés à l'étranger, successivement entre époux tous deux français, entre époux de nationalité différente dont l'un est français, et entre époux de nationalité différente et tous deux étrangers. Il faut noter que le second cas se confond avec le premier pour les décisions rendues avant 1953, date de l'arrêt *Rivière* ; on considèrerait en effet généralement avant cette date que si l'un des époux étant français, le divorce devait, pour être reconnu en France, satisfaire à la loi française de fond (2). On n'envisagera donc sous la seconde rubrique que les espèces jugées sous l'empire de la jurisprudence *Rivière*.

448. 1) *Deux époux français* (ou un époux français, avant 1953). — On sait qu'avant le rétablissement du divorce en 1884, des époux français imaginèrent de changer de nationalité pour obtenir aussitôt le divorce à l'étranger et revenir s'établir en France. Il semble que chaque fois que la régularité de divorces ainsi obtenus fut attaquée devant les tribunaux français, ceux-ci refusèrent de les reconnaître (3). Depuis 1884, la jurisprudence paraît sans exemple d'espèces où la naturalisation d'un Français en pays étranger ait été attaquée au motif qu'elle aurait été inspirée par le désir de divorcer en fraude à la loi française. Ceci s'explique simplement, par le fait que si les époux sont d'accord pour divorcer, ils peuvent y parvenir en France, et la disparition des naturalisations frauduleuses est une indication de ce qu'en France on divorce *en fait* par consentement mutuel. Si d'autre part un seul époux veut divorcer, il ne lui servira de rien de changer de nationalité ; pratiquement, il demandera le divorce devant un tribunal étranger qui le lui accordera nonobstant la nationalité des époux, et il devra

(1) Il convient de parler de répudiation *unilatérale*, parce qu'une répudiation acceptée par l'époux répudié équivaut à un divorce par consentement mutuel ; v. Trib. gr. inst. Seine, 26 oct. 1959, *Rev. crit.*, 1960.354, note Loussouarn ; *Clunet*, 1960.814, obs. Sialelli (la femme répudiée demandait elle-même l'exequatur).

(2) Cette question embarrassait fort les auteurs et la jurisprudence, avant que les arrêts *Rivière* et *Lewandowski* aient substitué la loi du domicile à la loi nationale. Mais il n'est pas douteux que pour reconnaître un divorce prononcé à l'étranger entre un époux français et son conjoint étranger, les tribunaux s'assuraient de la conformité de la loi étrangère à la loi française, comme si celle-ci était exclusivement compétente ; v. par ex. Trib. civ. Seine, 10 juin 1936, *Rev. crit.*, 1937.196 ; Paris, 16 nov. 1936, *Clunet*, 1937.292.

(3) V. *supra*, n° 183 ; *adde* : Trib. civ. Seine, 4 févr. 1882, *Clunet*, 1882.544 ; 30 déc. 1887, *Clunet*, 1889.463.

renoncer à se prévaloir de ce divorce en France, au moins aussi longtemps que son conjoint s'y opposera (1).

449. Si les Français ne se rendent plus à l'étranger pour y divorcer, ceux qui se trouvent à l'étranger et profitent des facilités de la loi locale bénéficient d'une remarquable indulgence de la part des tribunaux français. En vertu des principes énoncés, une décision étrangère ne peut recevoir l'exequatur en France que s'il a été fait application au fond de la loi désignée par la règle de conflit française, c'est-à-dire en l'occurrence de la loi française. Or dans un grand nombre de pays, les juges ne prononcent le divorce que par application de la *lex fori*, le divorce n'étant pas considéré comme un objet de conflit de lois *stricto sensu*, mais comme un objet de conflit de juridictions seulement. Aussi le respect des principes conduirait-il à refuser effet en France à un certain nombre de divorces rendus entre Français à l'étranger. Mais ceci aurait également pour effet dans la plupart des cas, de déclarer les intéressés bigames et leurs enfants adultérins. C'est pour éviter semblables résultats que les tribunaux ont été amenés à déclarer « équivalentes » à la loi française sur le divorce les lois mexicaine (2), suisse (3), roumaine (4), uruguayenne (5), new-yorkaise (6), pennsylvanienne (7), vénézuélienne (8), guinéenne (9). On a eu beau jeu de dénoncer la fiction sur laquelle repose cette équivalence, qui paraît n'être qu'un expédient pour sauver l'équité tout en maintenant les principes (10).

(1) Trib. gr. inst. Paris, 6 juill. 1972, *Agier*, préc. Toutefois, on peut se demander si le divorce ne devrait pas être reconnu lorsque le sujet a changé de nationalité et qu'il s'est effectivement établi dans sa nouvelle patrie, par une application bilatérale de la règle *Tarwid* (*infra*, n° 461).

(2) Civ., 29 juill. 1929, D.H., 1929.458, S., 1930.1.20, *Rev. dr. int. pr.*, 1931.334.

(3) Paris, 16 nov. 1936, *Clunet*, 1937.292 ; Toulouse, 18 déc. 1950, S., 1951.2.129, note Niboyet ; *J.C.P.*, 1951.II.6367, note Delaume et Flattet. Le second arrêt illustre la fiction que constitue l'équivalence, en raison de la difficulté pour un juge d'apprécier la teneur d'une loi étrangère. Tandis que la note au Sirey approuve la décision, la note à la *Semaine juridique* explique que la Cour s'est fourvoyée dans l'interprétation du droit suisse. Si les difficultés sont telles entre pays appartenant à la même « famille » de droits et alors que la question de langue ne se pose pas, on ne sait ce qu'il faut penser de l'équivalence lorsque ces conditions sont absentes.

(4) Trib. civ. Seine, 31 mai 1949, *Rev. crit.*, 1950.631, note Loussouarn ; S., 1950.2.21, note Niboyet.

(5) Trib. civ. Seine, 4 nov. 1954, *Clunet*, 1955.650, note A. P. ; *Rev. crit.*, 1956.690, note Loussouarn (*supra*, n° 250).

(6) Trib. civ. Seine, 14 mai 1956, *Clunet*, 1957.146, obs. Sialelli.

(7) Trib. civ. Seine, 9 mai 1956, *Gaz. Pal.*, 1956.2.236

(8) Trib. gr. inst. Seine, 22 juin 1959, *Clunet*, 1960.162, obs. Sialelli.

(9) Trib. gr. inst. Seine, 26 nov. 1962, *Clunet*, 1963.1062, obs. Sialelli.

(10) V. MALAURIE, Chron. préc. : « ... (A) l'égard des causes de divorce, il ne peut y avoir d'équivalence entre des textes législatifs » (p. 218) ; « ... se borner à comparer des concepts juridiques en s'en tenant à la périlleuse traduction des mots est la caricature du droit comparé, et multiplie les risques de contresens : des termes identiques n'ont pas nécessairement des sens identiques » (*ibid.*) ; « ... la terminologie juridique ne peut à elle seule rendre compte des subti-

Quelques décisions cependant ont refusé de reconnaître un divorce rendu entre Français par application d'une loi incompétente (1). Elles sont largement minoritaires en face des décisions accordant l'exequatur. *Pour s'en tenir aux décisions publiées* (2), il convient de joindre aux décisions précédemment citées celles qui, se plaçant sur le terrain de la compétence judiciaire, ont déclaré valable la renonciation par un Français au bénéfice de l'article 15 du Code civil, même dans une matière aussi impérative que le divorce (3), et celles accordant l'exequatur au motif que le tribunal étranger avait déclaré appliquer la loi française (4), alors qu'il est permis d'émettre des réserves sur l'aptitude d'un juge donné à appliquer une loi étrangère (5) (6). Toutes ces décisions ne correspondent sans doute pas à une fraude des parties, qui pouvaient entretenir un établissement effectif dans le ressort de la juridiction d'origine. Mais il est possible que dans certains cas, compte-tenu des rattachements, la loi française ait eu un titre prépondérant à s'appliquer (7). La jurisprudence s'explique alors parce que la loi française n'est pas méconnue dans ses intérêts substantiels : il y a bien équivalence entre la loi appliquée et la loi française, c'est-à-dire faux conflit entre elles, mais cette équivalence n'est pas celle affirmée par les tribunaux ; il serait plus exact de dire que dans un pays comme dans l'autre, le divorce d'accord est pratiqué. Ainsi, l'indul-

lités qui distinguent la cruauté mentale du Nevada et l'injure grave du Code Napoléon » (p. 219) ; « [l'équivalence] s'explique peut-être par le sentiment qu'ont les juges qu'un divorce acquis crée une situation irréversible » (*ibid.*).

(1) Trib. civ. Seine, 10 juin 1936, *Rev. crit.*, 1937.196 ; Alger, 25 juin 1952 et Trib. civ. Aix, 17 juin 1952, *J.C.P.*, 1952.II.7237, note Chauveau, et surtout l'affaire *Figue*, dans laquelle la loi guatémaltèque fut successivement déclarée équivalente, puis différente, de la loi française : Paris, 6 déc. 1950, *Rev. crit.*, 1951.668, note Batifol ; Civ., 22 déc. 1953, *J.C.P.*, 1954.II.8082, note Savatier ; *Rev. crit.*, 1954.399, note Francescakis ; Orléans, 9 mars 1955 et Civ., 17 juin 1958, *Rev. crit.*, 1958.736, note Francescakis ; *Clunet*, 1959.1114, note Goldman ; *J.C.P.*, 1958.II.10761, note Louis-Lucas ; D., 1959.65, note Malaurie. Toute la difficulté vient de l'écart en droit interne entre le fait et le droit. Commentant l'arrêt de 1958 et après avoir évoqué la jurisprudence *Rivière* ayant admis le divorce par consentement mutuel d'une Française, un auteur observe : « Pourquoi interdire à un couple de Français ce qui est permis à un Français ? Mais aussi on comprend que la Cour n'ait pas voulu admettre cela de front » (FRANCESCAKIS, note à la *Rev. crit.*, 1958.756).

(2) Il faut rappeler qu'un grand nombre d'exequaturs sont accordés alors qu'il n'y a pas de débat réel.

(3) V. Civ., 16 févr. 1965, *Clunet*, 1965.628, note Level ; Civ., 4 oct. 1967, D., 1968.95, note Mezger ; *Rev. crit.*, 1968.98, note P. Lagarde.

(4) Trib. gr. inst. Seine, 4 nov. 1963, *Gaz. Pal.*, 1963.2.410 ; Civ., 16 févr. 1965, préc.

(5) *Supra*, nos 58 et s.

(6) V. également pour un divorce prononcé en Suisse entre Français les motifs ambigus de Civ., 10 mars 1969, *Rev. crit.*, 1970.114, note Batifol.

(7) Un certain nombre des décisions précitées, affirmant l'équivalence d'une loi étrangère et de la loi française, relèvent que les époux ont divorcé à l'étranger sans fraude.

Une décision déclarant la loi étrangère différente de la loi française ajoute que « ... c'est vraisemblablement pour cette raison que les époux sont allés divorcer en Suisse » (Trib. civ. Seine, 10 juin 1936, préc.). Cependant, le mari étant suisse, il n'y avait pas à proprement parler faux conflit, ni fraude à la loi.

gence de la jurisprudence dans la reconnaissance des divorces de Français à l'étranger n'est qu'une conséquence de la faiblesse de la politique législative hostile au divorce (1).

450. 2) Epoux de nationalité différente, dont un Français. — L'arrêt *Rivière* a posé en principe que la loi applicable au divorce d'époux de nationalité différente est la loi de leur domicile commun (2). Dans cette affaire, il s'agissait précisément de reconnaître le divorce prononcé à l'étranger entre une Française et son mari étranger, et ce divorce ayant été rendu du consentement mutuel des époux, l'arrêt a également énoncé la théorie de l'effet atténué de l'ordre public. Cette jurisprudence évite désormais de recourir à la fiction de l'équivalence entre la loi étrangère et la loi française, dans le cas où l'un des époux est étranger. Elle est parfaitement justifiée, puisque la loi française est moins applicable au mariage d'un Français et d'un étranger qu'au mariage de deux Français ; elle souffre donc une violation moindre du fait de son éviction. Dans un mariage « mixte », les lois personnelles des époux sont en vrai conflit et il n'y a pas d'inconvénient à sacrifier l'une d'elles, voire les deux, au profit de la loi du domicile. Le rattachement au domicile a cependant fait naître la crainte de la fraude, car il est plus tentant en pareil cas de se rendre devant un for étranger, et il est plus facile de persuader les autorités du pays compétent que l'on avait acquis un domicile à l'étranger. Mais on sait que la sanction de la fraude n'est pas plus difficile lorsque le statut personnel est rattaché au domicile que lorsqu'il est rattaché à la nationalité (3).

451. Néanmoins, la Cour de cassation n'a pas manqué de préciser dans l'arrêt *Rivière*, qu'elle reconnaissait des droits acquis *sans fraude* à l'étranger. Cette précision est toujours rappelée, sous une forme ou sous une autre, dans les décisions postérieures (4). En effet, comme on l'a observé, « il est nécessaire qu'à partir du moment où le contrôle de l'ordre public s'atténue, celui de la fraude se renforce (5). Mais s'il apparaît que les parties étaient domiciliées en France et ne se sont rendues à l'étranger que pour y demander le divorce, il suffira pour sanctionner cette fraude de relever qu'elles

(1) En Belgique, on relève quelques décisions ayant refusé de reconnaître le divorce de nationaux obtenu à l'étranger en fraude à la loi belge ; v. *supra*, n° 190, *in fine* (addé : Bruxelles, 13 déc. 1950, *Clunet*, 1953.414, note Abrahams).

(2) Civ., 17 avr. 1953, *Rev. crit.*, 1953.412, note Batiffol.

(3) *Supra*, n°s 163 et s.

(4) Paris, 30 oct. 1954, *Rev. crit.*, 1954.825, note Mezger ; Trib. civ. Seine, 20 oct. 1956, *Rev. crit.*, 1958.118, note Batiffol ; *Clunet*, 1959.454, note J.-D. B. ; 23 mars 1959, D., 1959, Somm. 87 ; 23 mai 1960, D., 1960.714, note Malaurie ; *Clunet*, 1961.750 ; 13 juin 1960, *Clunet*, 1961.750, note Bredin ; 21 avr. 1959, *Clunet*, 1960.161 (ce jugement parle de décision « régulièrement rendue » à l'étranger). V. pour une convention entre les époux réglant par anticipation les conséquences du divorce, Paris, 18 juin 1971, D., 1971.461.

(5) MALAURIE, note sous Trib. gr. inst. Seine, 23 mai 1960, *préc.*

étaient *en fait* domiciliées en France ; la qualification du domicile *lege fori* rend inutile le recours à l'exception de fraude (1). En fait, le cas se produira rarement, pour la raison déjà indiquée qu'il est possible de divorcer en France sans difficulté majeure. Si les époux se rendent néanmoins à l'étranger, ce sera vraisemblablement pour saisir un tribunal non entièrement dépourvu de compétence. Tel était le cas dans ce qui paraît être la seule espèce relative à un mariage entre un Français et une étrangère où, depuis l'arrêt *Rivière*, un divorce étranger se soit vu refuser l'exequatur, le tribunal relevant la fraude du demandeur. Dans cette espèce, le divorce avait été prononcé au Nevada entre un mari français et sa femme Américaine. Bien que les parties ne fussent incontestablement pas domiciliées au Nevada, on pouvait considérer que le tribunal n'était pas entièrement incompétent, étant donné la nationalité de la femme et le fait que le divorce serait sans doute reconnu dans la plupart des Etats américains (2). Sans doute est-ce parce qu'il n'y avait aucun inconvénient en l'espèce à réputer ce divorce sans valeur en France que les juges saisirent l'occasion de sanctionner le *forum shopping* (3). Mais on peut dire qu'en pareil cas, la loi française ne connaît pas une violation substantielle. Il est donc permis de conclure que la jurisprudence *Rivière* ne crée pas un grave danger de fraude et qu'en tout état de cause cette jurisprudence a laissé au juge les moyens de sanctionner celle-ci.

452. 3) *Epoux de nationalité différente, tous deux étrangers.* — Il résulte de la règle *Rivière* que la loi française est en principe compétente pour régir le divorce de deux époux étrangers et de nationalité différente domiciliés en France. Il est cependant permis de penser qu'en énonçant la compétence de la loi du domicile, les juges se souciaient peu d'affirmer la compétence de la loi française en pareil cas. Néanmoins, la règle de conflit permettrait de refuser l'exequatur à un divorce étranger rendu entre étrangers domiciliés en France, s'il paraissait au juge que les parties ne se sont rendues devant le for étranger que pour bénéficier d'une loi complaisante. En faveur de cette solution, on peut faire valoir que les époux n'ayant pas de nationalité commune, la loi du lien (c'est-à-dire la loi du domicile matrimonial) est la plus appropriée pour gouverner les effets du mariage. Mais l'argument porte en lui-même ses propres limites. Il indique que la loi du domicile n'est intéressée qu'à titre subsidiaire ; par conséquent, sa violation par application d'une loi étrangère ne peut être une violation substantielle. Il importe assez peu à l'ordre juridique français que le mariage de deux étrangers, même domiciliés en France, soit dissous par application d'une autre loi que la loi française. La règle de conflit reconnaît elle-même

(1) *Supra*, n°s 292 et s.

(2) Comp. l'espèce anglaise *Mather v. Mahoney*, *supra*, note (1), p. 212.

(3) Trib. gr. inst. Seine, 6 juin 1962, D., 1962.653, note Malaurie.

ce défaut d'intérêt lorsque les deux étrangers sont de même nationalité, en donnant dans ce cas compétence à la loi nationale commune des époux. Or, l'intérêt français ne se trouve guère accru du fait que les époux sont de nationalité différente ; cet intérêt est exactement le même : seulement il ne se heurte pas, dans le second cas, à un intérêt étranger supérieur. C'est pourquoi on devrait hésiter, en pareille hypothèse, à parler de fraude à la loi française. Il en est particulièrement ainsi dans le cas où les époux ont divorcé conformément à la loi personnelle de l'un d'eux ; et il en est encore plus ainsi dans le cas où les lois personnelles des époux sont plus proches l'une de l'autre qu'aucune d'elles ne l'est de la loi française. La seule raison qui peut donc dans le cas envisagé justifier le refus d'exequatur n'est pas la violation de la loi française, mais le désir de sanctionner le comportement des individus qui se déplacent en quête d'un juge complaisant. Telle paraît être la meilleure interprétation d'une décision française que l'on peut rattacher à la question envisagée. Il s'agissait de la demande en exequatur d'un divorce rendu au Nevada entre un Anglais et une Américaine. Le tribunal de la Seine déclara que pour obtenir satisfaction, le demandeur devrait commencer par rétablir que le domicile matrimonial était hors de France (1). Par cette décision, le tribunal paraissait vouloir faire respecter le caractère impératif des lois françaises, lois de fond ou de compétence judiciaire ; en fait, il est permis de penser que le tribunal se souciait peu de ce que le mariage n'ait pas été dissous par application de la loi française, dont il n'a du reste pas affirmé qu'elle était compétente. Mais le jugement mentionnant que « l'ordre public n'est pas atteint en France par la réalisation d'un droit acquis *sans fraude* à l'étranger par des étrangers », il semble bien que les juges ont voulu, par leur décision, marquer leur hostilité au *forum shopping* et à la pratique notoire de la juridiction ayant rendu la décision.

453. On peut donc conclure de l'étude de la fraude à la loi française en matière de divorce que la question a perdu beaucoup d'intérêt sur le plan pratique du fait que l'on parvient en France à divorcer par consentement mutuel. Le divorce « migratoire » ne peut plus intéresser qu'un époux dont le conjoint se refuse au divorce ; mais il n'est guère douteux que dans ce cas le divorce étranger sera déclaré inopposable en France, où la répudiation est incontestablement contraire à l'ordre public. L'intérêt principal de l'étude est de révéler l'interaction de l'ordre public interne et du droit international privé. Le relâchement du premier a pratiquement mis fin à la fraude de droit international et s'oppose à la sanction de la violation non délibérée de la loi française. Comme

(1) Trib. civ. Seine, 11 janv. 1956, *Aly Khan*, *Rev. crit.*, 1956.128, note Bellet ; *Clunet*, 1956.1022, note Goldman ; *J.C.P.*, 1956.II.9223, note Louis-Lucas (v. *supra*, n° 270).

jusqu'à une date récente deux pays limitrophes de la France ne connaissaient pas le divorce (1), le relâchement de la politique hostile au divorce pose avant tout un problème de fraude à la loi étrangère.

SECTION II

LA FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE : LE DIVORCE D'ÉTRANGERS EN FRANCE

454. La plupart des décisions françaises que l'on peut rattacher à la question de la fraude à la loi étrangère ont été rendues en matière de divorce. C'est pourquoi un grand nombre de questions relevant de la présente Section ont illustré la théorie générale. En particulier, la question de la fraude à la loi étrangère *par application d'une loi tierce* a été intégralement traitée, et il n'y a pas lieu d'y revenir (2). En ce qui concerne la fraude à la loi étrangère *par application de la loi du for*, les décisions rendues en matière de divorce ont également permis d'illustrer la théorie générale relativement à l'application d'office de la loi étrangère (3). Il n'y aura donc pas lieu de revenir sur ce point en étudiant successivement l'exercice de la compétence judiciaire française et l'application de la loi française au fond.

§ 1. — Exercice de la compétence judiciaire française

455. Les tribunaux français se sont depuis longtemps reconnus compétents pour prononcer le divorce entre étrangers ; cette compétence a été affirmée par la Cour de cassation dans les affaires *Patino* (4) et *Scheffel* (5). Elle se fonde sur l'application aux conflits internationaux de juridictions des règles de compétence territoriale du droit interne, et notamment de l'article 59, alinéa 1 du Code de procédure civile. En matière de divorce, cette jurisprudence permet donc à un étranger d'assigner son conjoint également étranger en France, s'il établit que celui-ci y a un domicile. On perçoit les possibilités de fraude, dès lors que les époux sont d'accord pour

(1) Il n'en reste qu'un, l'Espagne, depuis qu'une loi du 1^{er} décembre 1970 a introduit le divorce en Italie.

(2) V. *supra*, I^{re} Partie (nos 248 et s.).

(3) *Supra*, nos 229 et s.

(4) Civ., 21 juin 1948, *Rev. crit.*, 1949.557, note Francescakis ; *J.C.P.*, 1948. II.4422, note P. L. P., S., 1949.1.121, note Niboyet.

(5) Civ., 30 oct. 1962, D., 1963.109, note Holleaux ; *Rev. crit.*, 1963.387, note Francescakis ; *Clunet*, 1963.1072, obs. Sialelli. V. BATIFFOL-LAGARDE, n° 695 ; LOUSSOUARN, n° 414.

divorcer (1). Il y a même davantage, puisque la jurisprudence a également fait application à la compétence internationale de l'article 108 du Code civil aux termes duquel la femme est légalement domiciliée chez son mari (2); ceci permet donc à un mari de fixer à son gré le domicile conjugal en France et d'y demander le divorce contre sa femme absente, mais légalement domiciliée chez lui (3). Ces dispositions créent un danger certain de fraude et l'on a dénoncé la « fiction d'unité juridictionnelle du globe » sur laquelle elles reposent (4).

456. En même temps que les tribunaux français se reconnaissaient compétents pour prononcer le divorce entre étrangers, se développaient d'autres règles, de procédure et de fond, qui toutes étaient de nature à favoriser un exercice abusif de la compétence française au détriment d'une loi étrangère plus compétente. En premier lieu, il fut décidé qu'en matière internationale comme en droit interne, l'exception d'incompétence devait être soulevée *in limine litis*, c'est-à-dire, en matière de divorce, devant le juge conciliateur, sous peine d'irrecevabilité (5). Ainsi le demandeur, s'il passait sans encombre ce cap, obtenait-il que la compétence du juge français soit définitivement fixée. En second lieu intervint en 1953 l'arrêt *Rivière*, décidant que la loi applicable au divorce d'époux de nationalité différente est la loi du domicile conjugal; la compétence

(1) Ce libéralisme dans l'exercice de la compétence internationale se justifie par le fait que les règles de conflit bilatérales françaises donnent éventuellement compétence à la loi étrangère. Mais on peut reprocher au postulat selon lequel un juge donné peut *appliquer* une loi étrangère, un certain défaut de réalisme (*supra*, n° 58 et s.). Il faut ajouter que dans un grand nombre de systèmes (pratiquement dans les pays de *common law*), le divorce n'est pas en principe une question de conflits de lois, mais de conflits de juridictions uniquement : un juge donné, s'il se reconnaît compétent, n'applique pas d'autre loi que la sienne. Il y a donc un danger certain, pour les tribunaux d'un pays tiers, à se reconnaître compétents sur le fondement d'un domicile précaire, puis à accepter un prétendu renvoi de la loi étrangère à la loi du « domicile ».

(2) V. *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Domicile*, par Ph. MALAURIE, n° 41 et s.

(3) C'est ainsi qu'une Cour d'appel a accueilli la demande en séparation de corps d'un Italien contre sa femme demeurée en Italie; v. Amiens, 17 avr. 1964, *Rev. crit.*, 1964.705, note Simon-Depitre.

Les tribunaux français ont également fait application de l'art. 108 C. civ. à des époux de nationalité américaine (Paris, 3 mars 1961, *Gaz. Pal.*, 1961.2.157), alors que le droit américain ne connaît pas la règle selon laquelle la femme est légalement domiciliée chez son mari (v. GRISWOLD, « Divorce Jurisdiction and Recognition of Divorce Decrees », 65 *Harv. L. Rev.*, 193, 198 (1951)).

Le droit anglais connaissait une règle selon laquelle les tribunaux du domicile du mari sont seuls compétents pour prononcer le divorce. Mais d'après le *Matrimonial Causes Act* (1965), Sec. 40.1 (a) et (b), les juridictions anglaises ont compétence si le mari a quitté sa femme alors que le domicile était en Angleterre, ou après trois ans de résidence de la femme en Angleterre; v. DICEY-MORRIS, p. 295.

(4) FRANCESCAKIS, note à la *Rev. crit.*, 1952.348.

(5) Paris, 26 avr. 1952, *Rev. crit.*, 1952.348, note Francescakis; 27 févr. 1956, *Rev. crit.*, 1956.539, note Hébraud; D., 1956.487, note Raynaud, et sur pourvoi, Civ., 5 avr. 1957, *Rev. crit.*, 1957.335, note P. H.

juridictionnelle entraînait donc désormais la compétence législative, et l'on pouvait redouter que « l'extinction rapide de l'exception d'incompétence ne facilite les fraudes, ourdies d'un commun accord par les époux » (1). Enfin intervint l'arrêt *Bisbal*, duquel il résultait que l'application de la loi étrangère compétente d'après la règle de conflit du for devait être demandée par les parties, cette compétence n'étant pas d'ordre public pour l'ordre juridique français (2). Toutes les conditions paraissaient réunies, par la combinaison de ces différentes règles, pour que les tribunaux français devinssent l'objet d'un *forum shopping* en matière de divorce (3). On a vu comment l'application en matière internationale de l'article 171 du Code de procédure civile a permis de s'opposer à une demande qui paraissait abusivement formée devant les tribunaux français (4). Il est difficile de savoir si cette jurisprudence a empêché d'autres demandes de ce type de prospérer. Il est cependant permis de penser que les demandes manifestement frauduleuses sont plus volontiers portées devant des tribunaux dont la complaisance est notoire et qui n'élèvent pas, comme les tribunaux français l'obstacle de règles de compétence législative.

§ 2. — Application de la loi française au fond

457. En prononçant le divorce d'époux étrangers par application de la loi du for, les juridictions françaises peuvent participer à une violation des lois étrangères et se prêter à la fraude ; cela dans la mesure où une loi étrangère, différente sur le fond, peut justifier d'un intérêt supérieur à s'appliquer. A cet égard, une distinction primordiale s'impose selon que l'un des conjoints est français, ou qu'ils sont tous deux de nationalité étrangère. Dans le premier cas, même si l'application de la loi française entraîne la violation d'une loi étrangère, cette application n'est pas dépourvue de justification ; on est en présence d'un vrai conflit, ce qui paraît exclure la qualification de fraude. Cependant, cette qualification est concevable dans certains cas, en fonction du domicile matrimonial, et ceci justifie que cette hypothèse soit étudiée dans un premier point (A). Lorsque les deux époux sont de nationalité étrangère, le risque de fraude à la loi est théoriquement grand, parce que la compétence de la loi française est au plus égale à celle des lois étrangères et qu'elle peut dans certains cas être manifestement moindre (B).

(1) HÉBRAUD, note préc.

(2) Civ., 12 mai 1959, préc.

(3) V. BATIFFOL, note à la *Rev. crit.*, 1960.62 ; MALAURIE, notes au D., 1960.587 et 610.

(4) Paris, 10 nov. 1959, *Dawn Adams* préc. (*supra*, n° 243). Sur l'application de l'art. 171 C. pr. civ., v. note Sialelli sous Trib. gr. inst. Seine, 16 déc. 1963, *Clunet*, 1964.362 et note Simon-Depitre sous Civ., 6 juill. 1966, *Rev. crit.*, 1967.362.

A. — UN ÉPOUX FRANÇAIS.

458. Le problème de la loi applicable au divorce d'époux de nationalité différente était l'un des plus embarrassants de ceux posés aux tribunaux en matière de droit international privé à l'époque où n'avait pas été formellement abandonné sur ce point le principe de la compétence de la loi nationale. Dans un arrêt connu, la Cour de cassation avait admis l'application de la loi française à la demande en divorce d'une Française mariée à un Italien (1) ; mais la justification de cette décision était malaisée (2), et il est permis de dire qu'elle donnait mauvaise conscience aux partisans de la loi nationale. Il n'est cependant pas impossible de justifier une telle solution. Si les époux sont de nationalité différente et si la rupture de la communauté de vie a entraîné le retour en France du demandeur (*a fortiori* si le domicile conjugal y était fixé), il paraît difficile de refuser à celui-ci le bénéfice de la loi française, par respect pour une loi étrangère plus restrictive. Quant à la violation de la loi étrangère que consacre éventuellement l'application de la loi française, elle n'atteint pas sensiblement l'ordre public étranger, dans la mesure où le Français devra renoncer à se prévaloir du divorce dans le ressort de la loi méconnue.

459. La jurisprudence *Rivière* a modifié les données du problème, en décidant que la loi applicable au divorce d'époux de nationalité différente est la loi de leur domicile commun. La règle a été énoncée à l'occasion de la reconnaissance du divorce d'une Française à l'étranger, mais elle a été rapidement appliquée de façon directe, pour prononcer par application de la loi française le divorce d'époux établis en France (3), et elle n'est plus discutée (4). Cette jurisprudence a cependant rencontré à ses débuts une résistance, dans le cas où la loi nationale du conjoint étranger prohibe le divorce. C'est ainsi que le tribunal de la Seine affirma dans un jugement que le principe nouveau devait s'analyser compte-tenu de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, et laissait subsister « le correctif indispensable de l'absence de contrariété entre la loi du domicile et la loi nationale de chacune des parties » (5). C'était revenir au système faisant prévaloir la loi la plus restrictive, même dans les cas où celle-ci ne prohibe pas absolument le divorce, et cette manière de voir fut

(1) Civ., 6 juill. 1922, *Ferrari*, D.P., 1922.1.137, S., 1923.1.5, note Lyon-Caen.

(2) V. BATIFFOL-LAGARDE, nos 388 et 443.

(3) Civ., 15 mars 1955, *Lewandowski*, *Rev. crit.*, 1955.320, note Batiffol ; S., 1956.540, note Chavrier ; *Clunet*, 1956.146, note Goldman.

(4) V. BATIFFOL-LAGARDE, n° 443 ; *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Divorce et séparation de corps*, par Jean et Jacques FOYER, n° 55.

(5) Trib. civ. Seine, 27 janv. 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9315, *Rev. crit.*, 1956.497, note Francescakis.

rejetée par la Cour de cassation (1). De nombreuses décisions prononcèrent par la suite le divorce d'époux franco-italiens, domiciliés en France, et ce quelle que fût la nationalité de l'époux demandeur (2). On peut objecter que cette jurisprudence consacrait une violation de la loi italienne, mais il y a lieu de répéter qu'il n'y avait pas de raison de faire prévaloir une loi étrangère plus restrictive au détriment de la loi française et que d'autre part il n'y avait pas de danger de *forum shopping*, le demandeur sachant qu'il ne pourrait se prévaloir du divorce en Italie (ou dans tout autre pays ne connaissant pas le divorce) (3).

460. La jurisprudence permettant aux tribunaux français de prononcer le divorce entre un Français et son conjoint étranger, par application de la loi française, suppose que le domicile des époux est en France. De l'appréciation du domicile dépend la possibilité de fraude à une loi étrangère qui, sans interdire le divorce, est plus restrictive que la loi française. Il convient donc de se demander dans quelle mesure les tribunaux français respectent la loi du domicile, lorsque ce domicile est à l'étranger et que la loi étrangère est plus stricte que la loi française. Deux décisions de première instance ont, assez curieusement, manifesté le souci de respecter en pareil cas la loi étrangère ; elles ont refusé à des Françaises le divorce contre leur mari étranger, au motif que la loi du domicile (qui était dans l'un et l'autre cas la loi personnelle du mari), ne leur permettait pas, dans les circonstances, de demander le divorce (4). De la seconde de ces décisions, un commentateur a pu écrire qu'elle poussait la jurisprudence *Rivière* « jusqu'à ses derniers prolongements logiques » (5). La première fut réformée en appel en application d'une jurisprudence qui réduit à néant la portée

(1) Civ., 17 nov. 1958, *del Torchio*, D., 1959.80, note Malaurie ; *Rev. crit.*, 1959.482, note Ph. F. ; *Clunet*, 1959.466 ; v. déjà Trib. civ. Seine, 24 déc. 1957, *Clunet*, 1958.978, obs. Sialelli.

(2) Civ., 12 juin 1961, *Rev. crit.*, 1961.558, obs. H. B. ; D., 1961.437, note Holleaux ; *Clunet*, 1962.1004, note Goldman ; Grenoble, 4 mai 1964, *Clunet*, 1965.657, note B. G. (époux résidant *séparément* en France) ; Civ., 25 mai 1966, *Bull. civ. I*, n° 327, p. 249.

(3) La loi du 1^{er} déc. 1970 fait du divorce obtenu à l'étranger par le conjoint étranger d'un Italien une cause de dissolution ou de cessation des effets civils du mariage en Italie (art. 3, al. 2, lettre e) ; v. F. POCAR, « La loi italienne sur le divorce du 1^{er} décembre 1970 et le droit international privé », *Rev. crit.*, 1971.176.

(4) Trib. gr. inst. Seine, 11 mars 1964, *Rev. crit.*, 1964.693, note Francescakis ; *Clunet*, 1965.124, obs. Sialelli ; Trib. gr. inst. Paris, 11 mars 1969, *Clunet*, 1970.94, obs. Ph. K. ; v. également la décision ambiguë du Tribunal de la Seine, 11 déc. 1959, *Rev. crit.*, 1960.223, note H. B., qui relève les conditions plus restrictives du droit québécois compétent (divorce législatif) pour décider que la séparation de corps québécoise ne peut être convertie en divorce à l'occasion d'une demande d'exequatur, mais énonce que la demanderesse pourrait intenter une demande en divorce devant les tribunaux français.

(5) V. *Clunet*, 1970.94.

de la règle *Rivière* dans ses « derniers prolongements » (1). On a déjà observé que lorsque deux époux sont de nationalité différente et qu'ils se séparent, la fin de la vie commune entraînera fréquemment le retour de l'un au moins des époux, qui vivait à l'étranger, dans son pays d'origine (2). Il n'y a plus alors, après un certain temps, ni nationalité commune ni domicile commun, et le rattachement de la règle *Rivière* disparaît. Le cas s'étant trouvé posé à la Cour de cassation, à propos d'une Française qui demandait le divorce contre son mari vivant à l'étranger, la Cour décida que le divorce devait être régi par « la seule loi du for régulièrement saisi du divorce » (3). Il est facile de comprendre pourquoi cette jurisprudence réduit à néant la portée de la règle *Rivière* dans le cas où un Français et son conjoint sont domiciliés dans un pays dont la loi est plus stricte que la loi française. Il suffit en pareil cas à l'époux français de revenir en France, et de faire constater qu'il n'existe plus de domicile commun. C'est dans ces conditions que le premier jugement qui avait rejeté la demande en divorce d'une Française par respect pour la loi étrangère du domicile fut infirmé en appel (4).

461. On pourrait également penser qu'il n'est pas même nécessaire au Français demandeur de justifier d'un établissement prolongé en France pour parvenir à ce résultat. Il peut en effet, quel que soit son établissement, saisir les juridictions françaises par application de l'article 14 du Code civil (5). Mais la question est de savoir si le for est alors un for « régulièrement saisi », au sens de la règle *Tarwid*, c'est-à-dire au point de pouvoir appliquer la loi française. Dans l'affirmative, la loi française serait largement offerte aux nationaux désireux de divorcer de leur conjoint étranger, même s'ils restent domiciliés à l'étranger. Cependant, cette interprétation ne devrait pas prévaloir. La règle *Tarwid* ne doit intervenir qu'à titre subsidiaire, après qu'ait été constatée l'absence de domicile commun (c'est-à-dire l'absence de résidence dans le même pays,

(1) Paris, 26 janv. 1965, *Rev. crit.*, 1965.359, note Ph. F., *Clunet*, 1965.896, obs. B. G.

(2) *Supra*, n° 458. V. MALAURIE, « Le divorce des mariages mixtes en cas de séparation de fait », D., 1963, Chron. 53.

(3) Civ., 15 mai 1961, *Tarwid*, *Rev. crit.*, 1961.547, note Batiffol ; *Clunet* 1961, 734, note Goldman ; D., 1961.437, note Holleaux. V. depuis Civ., 26 juin 1963. *Bull. civ. I*, n° 436, p. 295 ; Civ., 9 déc. 1964, *Bull. civ. I*, n° 554, p. 431 ; Trib. gr. inst. Seine, 19 oct. 1965, *Rev. crit.*, 1966.473, note P. L.

(4) Paris, 26 janv. 1965, préc. : « Cons. ... que [la demanderesse] a repris progressivement sa vie dans son milieu d'origine dans lequel elle s'est réintégrée ; qu'elle se trouvait à Paris depuis plus de onze mois lorsqu'elle a présenté sa demande en divorce ». Dans une affaire ultérieure où la femme française s'était elle-même déclarée domiciliée en Italie dans son assignation, la Cour de Paris a relevé son intention de quitter l'Italie pour justifier l'application de la loi française : Paris, 25 avr. 1969, *Zelenkin*, *Clunet*, 1970.701, note Malaurie.

(5) Civ., 23 avr. 1959, *Rev. crit.*, 1959.494, note Francescakis ; D., 1959.377, note Holleaux ; Civ., 9 févr. 1960, *Bull. civ. I*, n° 87, p. 72 ; Civ., 23 févr. 1960, *Rev. crit.*, 1961, Somm. 842.

et non seulement l'absence de résidence commune); s'il existe un tel domicile, l'article 14 ne doit fonder que la compétence juridictionnelle, non la compétence législative. Il est vrai que les juges peuvent se tromper, ou être abusés, dans l'appréciation du domicile des parties. Dans l'arrêt *Tarwid*, cependant, la Cour de cassation a souligné que les époux vivaient « séparément en des pays différents », et que la demanderesse française vivait en France « depuis plusieurs années » (1). Ces énonciations paraissent indiquer que pour la Cour suprême le for n'est « régulièrement » saisi que lorsque le demandeur justifie d'un établissement effectif en France; ceci écarte donc l'éventualité d'une application abusive de la loi française (2).

B. — DEUX ÉPOUX ÉTRANGERS.

462. Le risque que le juge méconnaisse les dispositions plus restrictives de lois étrangères compétentes en appliquant la loi du for est naturellement plus grand lorsqu'aucun des époux n'est un national : la loi du for perd dans ce cas un titre fondamental à s'appliquer. Elle n'est cependant pas nécessairement dépourvue de tout titre à régir le divorce, car le domicile des époux peut constituer un rattachement suffisant. Ceci était méconnu par la règle de conflit traditionnelle rattachant le statut personnel à la loi nationale; ce, le demeure lorsque les époux sont de même nationalité. Il faut alors réintroduire la compétence possible de la loi du domicile par des procédés indirects. En revanche le règlement français de conflit a reconnu la compétence de la loi du domicile lorsque les époux sont de nationalité différente. On envisagera successivement les deux cas.

463. 1) *Epoux de même nationalité.* — La règle de conflit bilatérale française désigne dans ce cas la loi nationale des époux. Cette désignation n'élimine cependant pas tout risque de fraude; des problèmes distincts s'élèvent, selon que la loi étrangère accepte sa compétence ou paraît la refuser.

464. a) *La loi étrangère s'estime compétente.* Lorsque la loi étrangère se déclare applicable aux nationaux en quelque endroit qu'ils se trouvent, le juge français saisi d'une demande en divorce doit en principe statuer comme le ferait le juge étranger. Le cas où la loi étrangère admet le divorce dans les mêmes conditions que la loi française, voire dans des conditions plus libérales, n'intéresse pas la question de la fraude à la loi (3). Celle-ci se pose lorsque la loi étrangère est plus restrictive que la loi française, et notamment

(1) Civ., 15 mai 1961, préc.

(2) Rapp. la loi anglaise, *supra*, note (3), p. 355.

(3) Sous réserve d'une erreur possible dans l'interprétation de la loi étrangère.

lorsqu'elle n'admet pas le divorce. Si dans ce cas les parties sont d'accord pour divorcer, elles se garderont d'attirer l'attention du juge sur leur loi nationale. On sait que pourtant, la Cour de cassation a adopté une position de principe défavorable à l'application d'office de la loi étrangère (1). Ceci a permis, depuis, le divorce d'étrangers de même nationalité en violation de leur loi personnelle (2). Rares paraissent en revanche les décisions refusant de prononcer un divorce entre Espagnols, par exemple, malgré que la demanderesse ait déclaré renoncer au « bénéfice » de sa loi nationale (3). Cette jurisprudence a été critiquée par la doctrine, favorable à l'application d'office de la loi étrangère dont la teneur est notoire, comme créant un danger de *forum shopping* en France. Ces craintes doivent être tempérées. S'agissant d'époux dont la loi nationale interdit absolument le divorce, il est vraisemblable qu'ils ne pourront se prévaloir de celui-ci dans leur pays d'origine ; se remarieraient-ils qu'ils seraient même sans doute poursuivis pour bigamie. Ils ne peuvent donc se prévaloir du divorce qu'en France, ou dans un pays tiers de politique législative analogue : la contrariété de la décision française à l'ordre public étranger est la meilleure garantie de ce que les droits conférés ne seront pas exercés dans le ressort de la loi évincée (4). Il demeure que la jurisprudence ne devrait pas permettre le divorce lorsque l'un des époux s'y oppose en invoquant la loi nationale commune ; il ne resterait alors à son conjoint qu'à demander la nationalité française, pour bénéficier de la jurisprudence *Lewandowski*. Dans tous les cas, on devrait pouvoir exiger des étrangers dont l'établissement en France paraît définitif qu'ils demandent la naturalisation ; mais il s'introduit là un élément de politique législative extérieur au divorce, qu'il ne semble pas du rôle du juge de promouvoir sans y avoir été encouragé.

(1) *Supra*, n°s 229 et s.

(2) Civ., 11 juill. 1961, *Rev. crit.*, 1962.124, note Batiffol ; Trib. gr. inst. Paris, 13 déc. 1967, *J.C.P.*, 1968.IV.75. Certaines juridictions inférieures ont interprété l'arrêt *Bisbal* comme conférant aux parties le droit d'écarter leur loi nationale : Trib. gr. inst. Thonon-les-Bains, 20 oct. 1972, *Gaz. Pal.*, 1973.1.34.

(3) Trib. gr. inst. Seine, 8 oct. 1965, *Clunet*, 1967.637. On est parvenu dans cette espèce à une situation curieuse : le mariage avait été célébré en France en la forme civile, et était de ce fait sans valeur en Espagne ; la décision a donc eu pour effet de maintenir par respect pour la loi espagnole, une union sans valeur au regard de cette loi (v. obs. Kahn, *Clunet*, 1967.639). V. depuis, admettant une demande en divorce entre époux espagnols civilement mariés en France, Trib. gr. inst. Paris, 28 avr. 1967, et 22 janv. 1969, *Rev. crit.*, 1970.435, note D. Alexandre.

(4) En ce qui concerne l'Italie, la loi du 1^{er} décembre 1970 n'a pas réglé la question de la reconnaissance des jugements de divorce rendus entre nationaux à l'étranger. Les premiers commentateurs paraissaient d'avis qu'ils seraient soumis aux conditions de reconnaissance exigées de tout jugement (ce qui ne comprend pas le contrôle de la loi appliquée au fond), mais que s'agissant de divorce les juges pourraient s'opposer à la reconnaissance lorsque la cause de divorce admise dans l'Etat d'origine est inconnue de la loi italienne (v. F. POCAR, *op. cit.*, p. 204-5).

465. b) La loi étrangère paraît déclinier sa compétence. Il se peut que la loi étrangère désignée par la règle de conflit française paraisse renvoyer à une autre loi, le plus souvent la loi du domicile, lequel a également fondé la compétence judiciaire du tribunal français. On envisage généralement cette question en termes d'acceptation ou de refus du renvoi, en tant que figure générale de droit international privé. Il est permis de penser que cette approche est trop conceptuelle ; car elle suppose une homogénéité entre le règlement français et le règlement étranger de conflit qui n'existe que rarement. S'agissant par exemple de la loi anglaise ou de telle loi américaine, il est quelque peu abusif de parler de renvoi à la loi française, puisque le divorce n'est pas, en *common law*, objet de conflit de lois mais de conflit de juridictions. Cela ne signifie pas nécessairement que les tribunaux français devraient dans tous les cas refuser de se prononcer ; mais il serait bon que les décisions ne prétendent pas appliquer à la lettre la loi étrangère, alors qu'elles ne font le plus souvent qu'insérer celle-ci dans les concepts du droit international privé du for, parfois au prix d'une grande déformation.

466. La question de la fraude ne se pose guère lorsque la loi étrangère de fond admet le divorce. Il se peut cependant que la loi du for soit appliquée abusivement, parce que les époux n'ont pas un rattachement suffisant avec le for et qu'ils se sont rendus devant celui-ci pour bénéficier de quelque facilité particulière ; c'est ainsi que les tribunaux français paraissent avoir un temps rempli auprès des Américains la fonction qu'ont joué depuis certaines « usines à divorce » (*divorce-mills*) notoires (1). Mais il est vrai également que la fraude ne s'exerce en général qu'avec la tolérance de la loi fraudée et que certains Etats seraient mal fondés à se plaindre d'une situation qu'ils ont laissé se développer. Quoi qu'il en soit, parmi les décisions françaises acceptant de divorcer des époux anglais ou américains par application de la loi du for, il y a lieu de préférer à celles qui font état d'un renvoi de la loi étrangère à la loi du domicile (2), celles qui constatent plus simplement que leur décision paraît devoir être reconnue dans l'Etat national des époux, dès lors que le domicile qui fonde la compétence juridictionnelle du for était acquis de bonne foi (3). Plus délicate est la situation lorsque la règle de conflit étrangère paraît ren-

(1) *Supra*, note (1), p. 55 ; comp. le jugement du Trib. civ. Bruxelles, 14 juill. 1955, *Rev. crit.*, 1957.693, note Loussouarn, motivant longuement par la constatation d'un domicile effectif des époux en Belgique, l'accueil d'une demande formée par une Anglaise contre son mari de même nationalité.

(2) Req., 10 mai 1939, *Birchall*, *Rev. crit.*, 1939.472, note Niboyet ; Civ., 1^{er} avr. 1954, *Bull. civ.* I, n° 140, p. 101.

(3) Paris, 24 juill. 1937, *Birchall*, *Rev. crit.*, 1939.472, Trib. gr. inst. Seine, 16 mai 1960, *Rev. crit.*, 1961.554, note Batiffol : « ... La production d'un certificat de coutume, établissant qu'en matière de divorce la législation et la jurisprudence des Etats-Unis, et notamment celle de l'Etat de New York, dont le

voyer, et même renvoie expressément, à la loi du domicile, mais que la loi de fond prohibe le divorce ; tel est le cas de la loi brésilienne (1), ou de la loi argentine (2). Dans la mesure où les époux ont en France un véritable domicile, sans toutefois avoir perdu l'esprit de retour à l'égard de leur patrie d'origine, il est permis de dire que le problème ne peut être résolu de façon satisfaisante : on se trouve en présence d'un vrai conflit caractéristique (3). La meilleure attitude pour le for saisi paraît être d'accueillir la demande s'il semble que les intéressés entendent demeurer dans le ressort de la loi locale, tout en les avertissant que ce divorce ne sera pas reconnu dans leur pays d'origine, et de refuser de prononcer le divorce s'il semble que les époux entendent s'en prévaloir dans un ressort tiers. Mais dans le second cas, il est peut-être préférable de se déclarer incompétent sur le terrain de la compétence juridictionnelle plutôt que sur celui de la compétence législative ; car il vaut mieux prévenir la fraude à la loi étrangère par le refus direct de se saisir d'un litige, plutôt qu'en tentant d'appliquer cette loi (4). On peut donc approuver la Cour de Paris d'avoir repoussé de cette manière la demande en divorce formée par un époux brésilien, dans des conditions qui paraissaient suspectes (5).

467. 2) *Epoux de nationalité différente.* — La question du divorce de deux époux de nationalité étrangère différente a déjà été envisagée sous l'angle d'une fraude possible à la loi française ; il s'agissait alors de se prononcer sur la validité en France d'un divorce rendu à l'étranger (6). Il convient de l'envisager ici du point de vue de la fraude à la loi étrangère, le divorce étant demandé en France. Dans un cas comme dans l'autre, la règle *Rivière* donne compétence à la loi du domicile commun ; mais il faut préciser ici encore qu'en énonçant cette règle, la Cour de cassation entendait certainement disposer avant tout pour les ménages dont un époux est français. Cependant, « simple expédient lors de sa naissance » (7), la règle *Rivière* a depuis justifié l'application de la loi française au divorce de deux époux étrangers et de nationalité différente. On peut se demander si cette jurisprudence ne se prête pas à la fraude à une loi étrangère plus compétente. La réponse paraît être négative,

mari est originaire, donnent compétence tant en ce qui concerne les règles de procédure que la législation applicable, au tribunal du lieu du domicile de l'un des époux, si ce domicile est établi de bonne foi et si l'autre époux a connaissance de la procédure dirigée contre lui, et la constatation que le domicile conjugal est fixé à Paris, rendent recevable l'action en divorce du mari devant le tribunal du lieu de ce domicile et conformément à la législation française ».

(1) Loi d'introduction au Code civil, art. 7 ; v. *supra*, n° 234.

(2) Art. 7 C. civ.

(3) *Supra*, n°s 26 et s.

(4) *Supra*, n°s 242 et s.

(5) Paris, 21 déc. 1956, *Rev. crit.*, 1957.641, note Loussouarn.

(6) *Supra*, n° 452.

(7) MALAURIE, D., 1963, *Chron.* 53.

dans la mesure où les tribunaux s'assurent de l'existence d'un établissement effectif des époux en France ; dès lors que les époux n'ont pas la même nationalité, la loi de leur domicile commun a un titre au moins égal à celui de leur loi nationale respective à s'appliquer. Cependant, on a fréquemment suggéré qu'une exception soit apportée au principe de la compétence de la loi du domicile, pour le cas où les deux lois nationales des époux concorderaient et notamment interdiraient le divorce. Il convient de se demander si cette exception ne devrait pas être accueillie, dans le souci de prévenir la fraude à la loi étrangère.

468. En faveur de l'exception, on peut faire observer que si les lois étrangères sont en faux conflit, ce qui est l'hypothèse envisagée, la loi du domicile peut être considérée comme se heurtant à une seule loi étrangère, et que celle-ci a un titre supérieur à s'appliquer (1) ; ce titre est supérieur non pas tant quantitativement, parce que le domicile des époux en France constitue en toute hypothèse un rattachement substantiel, que qualitativement, parce qu'en droit international privé français le rattachement au domicile demeure un rattachement subsidiaire par rapport à la nationalité. La solution pourrait encore se recommander de la politique législative française, qui demeure hostile au divorce et qui voudrait que si l'ordre public s'oppose à l'application d'une loi plus permissive, il accepte au contraire celle des législations plus restrictives. Aussi, la suggestion considérée a-t-elle trouvé un écho en jurisprudence lorsque, saisie d'une demande en divorce formée par un mari bolivien contre sa femme espagnole, la Cour de Paris énonça que le divorce d'époux de nationalité différente est soumis à la loi du domicile commun, « alors du moins que comme en l'espèce, la loi personnelle de l'un des époux admet le divorce » (2). La veille, cependant, la même juridiction avait décidé, sur la demande en divorce intentée contre sa femme Espagnole par un étranger de nationalité non établie, mais en tout cas différente de celle de sa femme, qu'il n'y avait pas lieu de rechercher si la loi personnelle du mari interdisait également le divorce (3). C'est à cette solution que se rangea en termes non équivoques la Cour de cassation en rejetant le pourvoi formé contre la décision, au motif que « le divorce d'époux de nationalité différente est, *quelles que soient les dispositions des lois régissant leurs statuts respectifs*, soumis à la loi de leur domicile effectif commun » (4). La solution paraît difficilement évitable. Plutôt que la faveur du divorce, c'est probablement la difficulté

(1) Rapp. GOLDMAN, note au *Clunet*, 1961.742 : « ... la concordance des deux lois nationales en fait bien, substantiellement, sinon formellement, une règle de droit unique »

(2) Paris, 26 juin 1959, *Rev. crit.*, 1959.700, note Batiffol.

(3) Paris, 25 juin 1959, *Clunet*, 1960.474.

(4) Civ., 22 févr. 1961, *Corcos*, *Rev. crit.*, 1961.382, note Batiffol ; *Clunet*, 1961.734, note Goldman ; D., 1961.437, note Holleaux.

de mettre en œuvre l'exception suggérée qui a inspiré la Cour de cassation (1). Le danger de fraude à la loi étrangère ne paraît pas une objection valable. Comme dans le cas où les époux sont de même nationalité, il y a lieu de faire observer d'une part, que les lois étrangères ne souffrent pas une violation substantielle dans la mesure où l'on s'assure d'un établissement effectif des époux en France ; et d'autre part, que si les deux lois nationales interdisent le divorce, les intéressés pourront difficilement se prévaloir de celui-ci dans leur ressort. La fraude à la loi ne sera donc jamais parfaite. Plus que la loi étrangère, c'est en définitive l'harmonie du règlement français de conflit qui souffre du développement de la loi du domicile au détriment de la loi nationale. Mais ce développement est inévitable, car il exprime la nécessaire territorialité du droit, en un domaine où elle était particulièrement ignorée par les principes traditionnels.

(1) Sur la difficulté de comparer deux lois étrangères pour apprécier leur degré de concordance, v. BATIFFOL, note à la *Rev. crit.*, 1961.382.

CONCLUSION DU SOUS-TITRE II

469. La matière du divorce offre un intérêt primordial pour l'étude de la fraude à la loi de droit international, tant en raison des problèmes soulevés, que de son importance pratique. C'est pourquoi il y a été fréquemment recouru dans l'élaboration de la théorie générale. Une étude plus particulièrement consacrée au divorce permet en outre de dégager certaines conclusions propres à cette matière. Il apparaît en premier lieu que l'on ne peut lutter efficacement contre la fraude élaborée d'un commun accord par les époux que si le divorce est interdit en droit interne, ou limité par des conditions objectives. Dans le cas contraire, quelles que soient les restrictions édictées par la loi, le divorce d'accord s'instaure et l'on est amené à tolérer les violations internationales de la loi, contre lesquelles on ne voit plus guère de raisons de lutter (1). Corrélativement, la fraude des particuliers par recours à une loi étrangère tend à disparaître ; l'exemple de la France est à cet égard caractéristique. D'autre part, à mesure que le divorce s'implante dans les mœurs, le respect des lois étrangères plus strictes que la loi du for tend à diminuer. Dans un premier temps, on impose la loi du for dans les cas où un national est marié à un étranger. Dans un second temps, on applique la loi du for lors même que les deux époux sont de nationalité étrangère. Lorsque leur loi nationale de fond connaît le divorce, la violation éventuelle de cette loi ne prête guère à conséquence ; on assiste simplement par ce biais à une sorte de fusion des droits admettant le divorce, nonobstant des dispositions différentes. Lorsque la loi nationale de l'un ou des deux époux ne connaît pas le divorce, la violation de la loi étrangère est plus conséquente. Toutefois, il paraît exclu dans ce cas que les intéressés puissent se prévaloir du divorce dans le ressort de la loi évincée. Il y a donc au plus un vrai conflit, dans lequel, pour des raisons avant tout pratiques et tenant à la difficulté de mettre en œuvre une loi étrangère, le for préfère appliquer sa propre loi. Ainsi se manifeste l'« envahissement du statut personnel par le territorialisme » (2), dont il serait cependant erroné de croire qu'il facilite nécessairement la fraude.

(1) On pouvait constater en 1961 que, si souhaitable que soit une politique d'hostilité au divorce, « sa pratique en droit international privé reposerait à l'heure actuelle sur une base trop étroite en droit interne » (BATIFFOL, note à la *Rev. crit.*, 1961.385). Certaines des réformes du droit de la famille intervenues depuis paraissent avoir encore réduit cette base.

(2) GOLDMAN, note au *Clunet*, 1961.750.

TITRE III

LES ACTES JURIDIQUES A BUT PATRIMONIAL

470. On se plaint généralement à souligner l'extrême confusion qui entoure le problème de la loi applicable au contrat international (1). De fait, cette question a parfois fait l'objet de controverses d'une vivacité inhabituelle (2). Pourtant il semble que l'on s'accorde généralement pour énoncer que la loi applicable à un contrat international est la loi désignée par les parties ; ou à défaut celle du pays avec lequel l'opération présente les liens les plus étroits (3). Il existe donc un net contraste entre l'âpreté des discussions doctrinales et l'harmonie — au moins apparente — des solutions. Si l'on envisage plus particulièrement la question de la fraude à la loi, le principe général qui vient d'être énoncé paraît emporter des conséquences simples. En premier lieu, si les parties n'ont pas désigné la loi applicable au contrat, la question de la fraude ne se pose pas. En second lieu, si les parties ont désigné la loi applicable, on peut envisager la fraude, mais pour écarter aussitôt cette éventualité : car si les parties sont libres de désigner la loi applicable, elles ne sauraient commettre une fraude dans ce choix : l'autonomie de la volonté et la fraude à la loi paraissent incompatibles (4).

(1) Dans son Introduction à une étude devenue classique, un éminent auteur a pu parler d'une réputation de « complexité, de confusion et d'arbitraire » (BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, 1938 ; ci-après *Contrats*).

(2) V. la polémique entre deux auteurs anglais : MANN, « The Proper Law of the Contract » (1950) 3 *I.L.Q.*, 60 ; MORRIS, « The Proper Law of a Contract : A Reply » (1950) 3 *I.L.Q.*, 197 ; MANN, « The Proper Law of the Contract : A Rejoinder » (1950) 3 *I.L.Q.*, 597.

(3) V. BATIFFOL, *Contrats*, nos 34 et s. ; BATIFFOL-LAGARDE, n° 565 ; YNTEMA, « Autonomy » in *Choice-of-Law*, 1 *Am. J. Comp. L.*, 341 (1952).

(4) En ce sens, v. les auteurs cités par BATIFFOL-LAGARDE, n° 574, note (22) ; adde : WIGNY, « La règle de conflit applicable aux contrats », *Rev. dr. int. lég. comp.*, 1933.702.

471. Or ces conclusions sont trop simples et trop radicales pour être acceptées sans un examen plus détaillé de la question. Il est vrai que rares sont les décisions rendues en matière de contrat international qui mentionnent la fraude à la loi. Mais ce serait une erreur de voir dans cette constatation la conséquence d'une liberté sans frein dont bénéficieraient les parties, car elle peut s'expliquer autrement. Au demeurant, si la fraude à la loi n'est guère mentionnée dans les décisions, elle est au cœur des controverses qui ont agité la doctrine dans les différents pays. D'autre part, il n'est pas certain que la question de la fraude à la loi en cette matière soit épuisée par l'examen de l'hypothèse où les parties désignent la loi applicable. On peut se demander si une fraude n'est pas possible dans le cas contraire : elle consisterait de la part de l'une des parties à saisir un juge donné pour se faire reconnaître une créance par application de la loi du for, alors que cette loi n'a manifestement pas un titre prépondérant à gouverner le contrat ; c'est le *forum shopping*, qui est concevable en matière contractuelle comme en matière délictuelle (1).

472. La controverse doctrinale en matière de loi applicable au contrat international, peut être schématisée de la manière suivante (2). Pour les uns, que l'on qualifie de *subjectivistes*, les parties sont libres de choisir la loi applicable au contrat. Le principal reproche qui leur est adressé est de ne pas tenir compte de l'autorité nécessaire des lois internes, de laquelle leurs théories permettent trop facilement de s'affranchir (fraude à la loi). C'est pour prévenir ce danger que les autres, dits *objectivistes*, réduisent la liberté des parties dans le choix de la loi applicable. Pour ces auteurs, les parties ne peuvent tenir leur liberté que d'une législation positive, qui, tout en la reconnaissant, en fixe impérativement les limites. Cette simple évocation suffit à indiquer que l'autorité de la loi interne, et la possibilité de s'en affranchir, sont au centre des préoccupations doctrinales classiques. Un bref examen de ces théories permet de montrer leur apport constructif à la question de la loi applicable au contrat et à celle de la fraude, mais aussi pourquoi ces théories sont inacceptables dans leur ensemble (*Section I* : Les doctrines traditionnelles et le problème de la fraude à la loi).

473. La règle couramment énoncée, selon laquelle la loi applicable au contrat international est la loi désignée par les parties, paraît cependant indiquer l'adoption par le droit positif des doctrines subjectivistes. Un examen plus attentif montre pourtant qu'il n'en est rien, précisément parce qu'en aucun pays on ne saurait tolérer que les lois impératives internes soient méconnues sous le

(1) *Supra*, I^{re} Partie, Chap. II.

(2) V. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Mél. Maury*, t. 1, p. 39.

prétexte que l'on est en présence d'un contrat « international ». Les auteurs qui, abandonnant tout parti pris doctrinal, se sont attachés à l'étude du droit positif, ont été amenés à constater une synthèse des théories classiques. La conclusion de leur recherche, à laquelle est attaché le nom de M. Batiffol, est que la volonté des parties porte sur la localisation du contrat et que le juge déduit de cette localisation la loi applicable (1). Cette constatation emporte elle-même plusieurs conséquences. Elle réduit considérablement la portée de la règle de conflit couramment énoncée, en tant que celle-ci fait de la volonté des parties l'élément de rattachement (« loi d'autonomie ») et elle fait apparaître le rôle protecteur du juge à l'égard des lois impératives. D'autre part, elle permet d'expliquer pourquoi les parties à un contrat, désireuses d'échapper à une loi impérative qui les gêne, ne recourent généralement pas au procédé qui consisterait à désigner une loi manifestement incompétente : à la première contestation, le juge écarterait ce choix et affirmerait la compétence de la loi évincée (*Section II : Le droit positif et la synthèse doctrinale*).

474. Ces observations n'épuisent pas la question de la fraude à la loi. L'explication de la jurisprudence par la localisation du contrat, sous le contrôle du juge, met en évidence la démarche intellectuelle suivie par celui-ci en présence d'un contrat que des éléments rattachent à un ou plusieurs systèmes étrangers. Cette démarche consiste à s'assurer avant tout qu'aucune loi impérative du for ne serait gravement méconnue par l'application au contrat d'une loi étrangère. Ainsi se trouve réglée la question de la fraude à la loi du for. Mais cette démarche doit naturellement conduire le juge à déclarer plus volontiers applicable la loi du for qu'une loi étrangère. Il en sera d'autant plus ainsi que les parties n'ont exprimé aucune intention quant à la loi applicable ; et cette tendance sera d'autant plus forte que le droit interne connaît en la matière une réglementation impérative (2). Cette observation conduit à identifier un aspect différent de la fraude à la loi en cette matière : il s'agit de la fraude à la loi étrangère, par application abusive de la loi du for, à la demande de l'une des parties, et ceci sans que la loi applicable ait été nécessairement désignée dans le contrat (*Section III : L'application des lois impératives du for et la fraude à la loi étrangère*).

(1) BATIFFOL-LAGARDE, n° 573.

(2) Un auteur a parlé « de contrats à forte énergie » ; cette expression illustre bien l'attraction que peut exercer la réglementation interne sur un contrat international (v. LOUIS-LUCAS, « La liberté contractuelle en droit international privé français », *Mél. Dabin*, t. 2, p. 765).

SECTION I

**LES DOCTRINES TRADITIONNELLES
ET LE PROBLÈME DE LA FRAUDE A LA LOI**

475. La question de la loi applicable au contrat a fait l'objet de nombreuses théories. Pour l'étude du problème de la fraude à la loi, on peut regrouper respectivement les théories d'inspiration subjectiviste et celles d'inspiration objectiviste. Leur comparaison permet de mettre en lumière les mérites de ces doctrines, mais aussi leurs défauts, qui interdisent de s'y ranger sans réserve. Car les unes ouvrent la porte à toutes les fraudes, tandis que les autres, pour parer à cet inconvénient, dénie aux parties une liberté que le caractère international du contrat impose de leur reconnaître.

A. — LES DOCTRINES SUBJECTIVISTES.

476. Le point commun des doctrines subjectivistes est qu'elles reconnaissent aux parties le choix de la loi applicable au contrat international. On pourrait ajouter qu'il en est ainsi nonobstant le fait que telle loi avec laquelle le contrat présente un rattachement significatif et qui est écartée par les parties, est une loi impérative. Lorsque les parties n'ont pas expressément désigné la loi applicable, il convient, d'après ces théories, de rechercher quelle a été leur volonté implicite. Enfin, si l'on ne peut raisonnablement découvrir aucune volonté implicite, on appliquera la loi du pays auquel le contrat se rattache par les liens les plus étroits (1). On reconnaît dans ces théories l'inspiration libérale du XIX^e siècle. Elles se recommandent en outre d'un argument pratique : la liberté reconnue aux parties de désigner la loi applicable apporte la certitude dans un domaine où elle est particulièrement nécessaire, celui des transactions internationales ; en remettant au libre choix des parties la désignation de la loi applicable, on pense éviter toute contestation ultérieure sur ce point (2). On peut encore faire valoir en faveur de la loi d'autonomie que le commerce international ne devrait

(1) Certaines doctrines font encore place à une « volonté hypothétique » des parties entre la volonté implicite et la recherche de la loi compétente au moyen des rattachements objectifs.

(2) En fait, l'argument tiré de la certitude est des plus discutables. L'arrêt de la Cour de cassation du 5 déc. 1910 (S., 1911.1.129, note Lyon-Caen) qui a énoncé le principe de la loi d'autonomie, a paru écarter le choix des parties sur un point.

V. une réfutation de l'objection d'incertitude adressée par les subjectivistes aux autres théories : BATIFFOL, *Mél. Maury*, p. 53, 54.

pas être entravé par des restrictions que les Etats édictent pour les besoins de l'ordre interne ; il y aurait là une intrusion du législateur sur un terrain qui ne lui appartient pas en propre (1) ; de fait, c'est toujours par un certain abus qu'une loi interne s'applique à une situation qui déborde partiellement la sphère de sa compétence (2). Ces arguments expliquent la fortune des doctrines subjectivistes chez les auteurs de tous pays (3). Sous leurs formes modérées, ces doctrines permettent aux contractants de faire choix de l'une quelconque des lois avec lesquelles l'opération présente un rattachement. D'autres théories leur permettent de désigner une loi quelconque, sans autre lien avec le contrat que la référence qu'ils y font pour leur commodité. Enfin, une certaine doctrine porte l'« autonomie de la volonté » à son comble, en permettant aux parties de s'affranchir de toute loi positive (4).

477. Cependant, les théories subjectivistes même les plus modérées se heurtent d'entrée à un argument décisif, tenant à la possibilité de fraude qu'elles ouvrent. Chaque législation connaît des dispositions impératives et prohibitives en matière de contrat ; il est difficile d'admettre que l'on puisse s'affranchir de ces dispositions en introduisant dans une opération donnée un élément étranger de second ordre, ou en se prévalant d'un tel élément (5) ; car alors « ce n'est plus la loi qui détermine les relations qu'elle gouverne, ce sont les parties qui décident si elles consentent à obéir à la loi » (6). La règle de conflit selon laquelle la loi applicable à un contrat international est la loi désignée par les parties est une de ces règles inacceptables sans restriction, en ce qu'elles font dépendre l'application de lois dites impératives d'une déclaration de volonté des individus (7) ; ici, il suffira aux parties d'assortir cette déclaration de volonté de la formalité la plus insignifiante,

(1) BATIFFOL, « Le rôle de la volonté en droit international privé », *Archives de Philosophie du droit*, 1957, p. 71.

(2) *Supra*, n° 77 et s.

(3) V. en France SURVILLE, *Cours élémentaire de droit international privé*, 7^e éd., 1925, n° 217 ; WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. 4, 2^e éd., 1912, p. 350 et s. ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis*, 6^e éd., 1954. En Allemagne, on cite les noms de MELCHIOR, NUSBAUM, RAAPE, M. WOLFF (v. les réf. citées par SCHNITZER, *Rev. crit.*, 1955.465) ; *adde* : MOSER, *Vertragabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteinville im internationalen Obligationenrecht*, 1948. En Angleterre, MANN, *op. cit.* ; COHN, 6. *I.C.L.Q.*, 373 (1957) ; SCHMITTOFF, *English Conflict of Laws*, 3^e éd., 1954, p. 107 et s. En Belgique, LAURENT, *Droit civil international*, 1881, t. 7, p. 512 et s. ; WIGNY, *op. cit.* En Italie, FEDOZZI, *Diritto Internazionale Privato*, 1935, p. 690. Aux Etats-Unis, YNTEMA, *op. cit.* ; RABEL, t. 2, p. 307, 368, 427.

(4) Rabel paraît notamment avoir défendu cette théorie.

(5) V. BATIFFOL, *Contrats*, n° 6 ; SCHNITZER, « L'autonomie des parties en droit interne et en droit international », *Rev. crit.*, 1939.243.

(6) BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n° 28, p. 66 ; *adde* : *Contrats*, n° 4.

(7) *Supra*, n° 160 et s.

telle que celle qui consiste à passer le contrat à l'étranger, pour la rendre effective (1). Une telle situation est inacceptable (2).

478. Aussi bien la plupart des auteurs subjectivistes sont-ils conscients de ce défaut et assortissent-ils leurs théories de restrictions diverses ; le point commun de celles-ci est de soumettre le choix de la loi par les parties à un certain contrôle du juge, afin de parer à la fraude (3). En premier lieu, les auteurs subjectivistes insistent sur ce que la liberté reconnue aux parties ne vaut qu'en tant que le contrat est *international* ; les parties à un contrat interne ne sauraient bénéficier de la même liberté. D'autre part, les auteurs réservent généralement l'exception tirée de l'*ordre public*, à laquelle ils joignent celle du contrat impérativement réglementé. Enfin, ils ajoutent souvent que le choix de la loi applicable doit être « sérieux », ou « fait de bonne foi » (4). Toutes ces réserves ont manifestement pour but et pour effet d'empêcher la fraude et, de ce fait, elles rendent plus acceptables les théories subjectivistes. Cependant, il est facile de montrer que ce qui les rend acceptables est précisément leur « objectivisation », qui vide largement ces théories de leur contenu de principe.

479. En ce qui concerne, en premier lieu, le caractère *international* du contrat, on a souligné l'impossibilité de toute définition satisfaisante, c'est-à-dire propre à déterminer sans discussion le régime juridique du contrat (5). Au demeurant, la jurisprudence ne s'est jamais fixée sur une définition (6). La meilleure paraît être celle

(1) V. l'exemple donné par BOULLENOIS (*Personnalité et Réalité des lois*, t. 2, p. 472) de Parisiens qui, voulant échapper à la Coutume de Paris, se seraient rendus en Normandie pour contracter (cité par BATIFFOL, *Mél. Maury*, p. 55, note 28).

(2) La règle de conflit a été répudiée par le juge américain L. Hand en ces termes : « Les individus ne sauraient par accord substituer [à la loi compétente] une autre loi ; ils peuvent naturellement insérer toutes les dispositions qu'il désirent dans leurs conventions — une loi (*statute*) comme n'importe quelle autre — et dans ce cas les tribunaux s'efforceront de donner un sens au tout, dans la mesure du possible. Mais une convention n'a force obligatoire que dans les conditions prévues par la loi et soutenir le contraire, c'est s'appuyer sur ce qui est à démontrer (*to pull on one's bootstraps*). Une loi positive doit sanctionner l'obligation et les parties n'ont pas plus de pouvoir à cet égard qu'elles n'en ont de se prononcer sur ce que leurs actions constituent des délits civils ou des infractions pénales », *Gerli & Co. Inc. v. Cunard S.S. Co. Ltd* 48 F. 2d 115, 117 (1931).

(3) Sur l'importance de ces restrictions chez les auteurs allemands, parmi les plus favorables à l'autonomie de la volonté, v. DE GRANDCOURT, *Les conflits de lois en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels dans la C.E.E.*, thèse Rennes, 1965 (dactylographiée), p. 32, note (1).

(4) V. YNTEMA, *op. cit.*, p. 353 et s.

(5) *Supra*, n° 112 et 113.

(6) LOUSSOUARN et BREDIN, n° 511. Comp. Rennes, 26 juill. 1926, *Gaz. Pal.*, 1927.1.59 ; Limoges, 12 oct. 1926, *Clunet*, 1929.355, D., 1928.2.49, note Baudoin ; Civ., 19 févr. 1930, S., 1933.1.41, note Niboyet ; Civ., 27 janv. 1931, *Clunet*, 1932.93 ; Req., 29 juin 1931, D.P., 1931.1.140, S., 1933.1.297, note Niboyet ;

selon laquelle le contrat international est celui qui, par ses éléments, est rattaché à plus d'un système juridique (1). Mais tel élément, fondamental dans un contrat donné pour la détermination de la loi applicable, est indifférent dans un autre ; la nationalité étrangère des parties pourrait, dans un contrat de travail, justifier l'application d'une loi étrangère (2), tandis que le même facteur d'extranéité ne fait pas d'un contrat de bail immobilier un contrat international (3). A distinguer un régime autoritaire en droit interne et un régime de liberté en droit international, sans définir autrement la frontière entre les deux domaines, on entretient donc l'illusion que l'on peut s'affranchir de l'un en se plaçant artificiellement sous le régime de l'autre. Conscient de cette faiblesse, le plus subjectiviste des auteurs subjectivistes tente de définir le contrat *interne* comme celui qui « par *tous* ses rattachements significatifs (et non seulement par quelques uns) appartient à une seule souveraineté, et par conséquent est dépourvu de *tout* élément étranger à prendre en considération » (4). Cette définition n'est pas plus satisfaisante que celle évoquée plus haut du contrat international, dont elle est du reste le pendant exact. Mais surtout, cette tentative de définition traduit la vanité des thèses subjectivistes extrêmes. Car la vérification par le juge de ce que le contrat est un contrat *véritablement* international revient à confronter la volonté des parties à un test *objectif* : « le juge ayant dû vérifier la localisation du contrat pour s'assurer qu'il n'était pas purement interne, devra constater qu'il a des liens objectifs avec tels ou tels Etats » (5). C'est pourquoi il est permis de conclure sur ce point qu'il n'y a pas de contrat « interne », il n'y a que des contrats impérativement soumis à la loi du for ; et il n'y a pas de contrats « internationaux », il n'y a que des contrats qui peuvent échapper à la loi impérative du for. Il appartient au juge de rechercher si le contrat relève de la première ou de la seconde catégorie : pour ce faire, il recherchera dans quelle mesure la loi du for souffrirait de l'application d'une loi étrangère, compte-tenu des buts qu'elle vise et de la répartition des rattachements. Cette démarche, que les auteurs subjectivistes reconnaissent inconsciemment lorsqu'ils parlent de contrat « réellement » international, est une démarche objective.

Req., 4 juin 1934, D.H., 1934.361 ; Civ., 14 févr. 1934, D.P., 1934.1.78, S., 1934.1.297, note Mestre ; Civ., 2 juill. 1935, D.H., 1935.457 ; Trib. civ. Seine, 7 juin 1956, *Rev. crit.*, 1956.683, note H. B. ; Civ. com., 4 nov. 1958, D., 1959.361, note Malaurie ; Paris, 16 mars 1960, *Clunet*, 1960.1060.

(1) V. MAURY, *Règles générales*, n° 43, p. 375 ; *adde* note H. B. sous Seine, 7 juin 1956, *préc.*

(2) ROUAST, « Les conflits de lois relatifs au contrat de travail », *Mél. Pillet*, t. 1, p. 205.

(3) Soc., 16 janv. 1953, *Rev. crit.*, 1953.581, note H. B.

(4) RABEL, t. 2, p. 430.

(5) BATIFFOL, « Le rôle de la volonté en droit international privé » (*préc.*), p. 76.

480. Les auteurs subjectivistes réservent fréquemment, en second lieu, les exigences de l'*ordre public* comme pouvant s'opposer à l'application d'une loi étrangère désignée par les parties (1). Cette réserve a la même signification que celle tenant au caractère « réellement » international du contrat : elle emporte la mise à l'écart du mode de désignation subjectif de la loi applicable, au profit de critères étrangers à la volonté des parties. Le propre d'une disposition qualifiée d'ordre public est qu'elle s'impose aux parties nonobstant leur volonté contraire et que le juge peut la soulever d'office si les parties n'en font pas mention. En réservant l'ordre public, les auteurs subjectivistes reconnaissent donc la possibilité pour le juge d'affirmer que la matière est hors du domaine de leur volonté, et cela quand bien même l'opération déborde le cadre des frontières. On peut ici employer l'heureuse expression de *loi d'application immédiate*. Certaines dispositions du droit interne sont, peut-on dire, tellement impératives, qu'elles s'appliquent nonobstant l'existence d'un conflit de lois : le juge refuse de prendre en considération les éléments étrangers de la cause, il ne veut connaître que la loi du for (2). En présence d'une telle disposition, il ne reste rien de la prétendue autonomie de la volonté. On sait par ailleurs qu'il est toujours possible au juge de sanctionner une fraude à la loi sans relever la fraude, en affirmant l'applicabilité de la loi compétente (3). Confronté à une situation dans laquelle les parties ont introduit un élément étranger sans influence significative, mais dont elles se prévalent pour invoquer l'application d'une loi étrangère, le juge peut toujours affirmer le caractère d'ordre public de la disposition à laquelle les parties entendaient se soustraire. La réserve de l'ordre public implique donc celle de la fraude, et cette réserve retire beaucoup de sa portée à l'affirmation selon laquelle la loi applicable au contrat international est la loi désignée par les parties.

481. Ces observations valent pour la troisième restriction généralement énoncée par les auteurs subjectivistes, et selon laquelle le choix de la loi applicable doit être sérieux, ou de *bonne foi* (4). On reconnaît dans cette précision la réserve de la fraude à la loi. Partant du principe que la loi applicable est la loi désignée par les parties, on réserve le cas où celles-ci n'auraient mis en œuvre cette loi que pour se soustraire aux dispositions impératives d'une loi plus compétente. Le contrôle est au fond le même que celui de l'ordre public, mais le test est subjectif : c'est l'intention des parties qui est le fondement de la décision, et ceci caractérise l'exception

(1) V. COHN, *op. cit.*, p. 66.

(2) *Supra*, n° 83.

(3) *Supra*, n°s 198 et s.

(4) V. par ex. MANN, *op. cit.*, p. 66 : le choix doit être « real, genuine, bona fide, and, reasonable ».

de fraude à la loi (1). Cependant, un auteur subjectiviste fait observer que cette réserve est de peu d'importance parce que le choix des parties n'est jamais « capricieux » (2). S'il faut entendre par là que ce choix n'est jamais déraisonnable, l'observation apporte peu à la thèse : il va de soi qu'en désignant une loi sans rapport avec le contrat, les parties obéiront toujours à un intérêt ; mais à côté de l'intérêt des parties, dont on peut penser qu'il est généralement bien défendu, existent les intérêts généraux — souvent différents — de la collectivité, que la loi impérative a pour but de faire respecter (3). Par conséquent, l'affirmation selon laquelle le choix de la loi n'est jamais « capricieux » n'avance en rien la thèse subjectiviste. Si les parties anglaises à un contrat conclu en Angleterre et devant y être exécuté se réfèrent à la loi espagnole, elles ont sans doute de bonnes raisons de le faire : mais si l'une d'elles est de se soustraire à la loi impérative anglaise, bien loin de sauver la clause, cette raison commande qu'on l'annule (4). Un autre auteur subjectiviste, passant en revue les différentes raisons qui peuvent inciter les parties à se placer sous l'empire d'une loi sans lien avec le contrat, relève en premier lieu le souci d'échapper aux lois sur le contrôle économique et le contrôle des changes, dans lequel il voit une raison valable de soutenir ce choix (5). Un tel argument paraît desservir la théorie plus qu'elle ne la fait progresser. Dans l'exemple choisi, les intérêts de la collectivité sont à ce point engagés que le juge sera naturellement attentif à faire respecter les lois impératives du for et ne se considérera nullement lié par la désignation d'une loi étrangère. Les auteurs subjectivistes paraissent inspirés par un individualisme depuis longtemps dépassé.

482. Les thèses subjectivistes ne peuvent donc fonder le droit positif. Sous leurs formes les plus actives, elles se heurtent à l'objection fondamentale de l'autorité nécessaire de la loi et de la fraude. Sous leurs formes modérées, elles introduisent des tempéraments qui atténuent leur portée individualiste, au point de les rapprocher des thèses objectivistes (6). Ces doctrines ont cependant joué un rôle important dans le développement historique de la matière.

(1) *Supra*, n^{os} 181 et s., et notamment n^o 187.

(2) MANN, *op. cit.*, p. 64 : « ... il ne paraît pas exister une seule espèce, que ce soit dans notre pays ou à l'étranger, dans laquelle les parties aient opéré un choix manifestement capricieux... De fait, les parties sont des individus raisonnables ».

(3) BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, n^o 118, p. 264 ; SCHNITZER, « La loi applicable aux contrats », *Rev. crit.*, 1955.472.

(4) L'auteur qui tire argument de ce que les parties sont des gens raisonnables fait par ailleurs grand cas de l'arrêt du Conseil privé *Vita Food Products v. Unus Shipping Co.* [1939] A.C. 277 ; mais il semble que dans cette affaire, la désignation de la loi anglaise pour régir un transport entre Terre-Neuve et New York résultait d'une inadvertance des parties.

(5) COHN, *op. cit.*, p. 389.

(6) *Infra*, n^{os} 483 et s.

Elles ont permis à la jurisprudence de s'affranchir des règles « mécaniques » de l'Ancien Droit, donnant compétence à la loi du lieu de conclusion du contrat, ou à la loi du lieu d'exécution ou encore à la loi du lieu de situation des biens (1). Au xix^e siècle, ce qui n'était à l'origine qu'un « procédé d'avocat » (2), s'est trouvé traduire des conceptions philosophiques qui inspiraient tout le droit ; ainsi la loi d'autonomie a-t-elle été érigée en principe (3). Le xx^e siècle a marqué le déclin de ces conceptions et celui de l'individualisme. Il faut cependant retenir une vérité qui fondait les doctrines subjectivistes et qui demeure, à savoir qu'une loi interne perd une partie de sa légitimité à régir une situation qui déborde le cadre de l'Etat et que la liberté des parties doit s'accroître dans la même mesure. La méconnaissance de cette vérité est l'objection principale que l'on peut adresser aux doctrines objectivistes.

B. — LES DOCTRINES OBJECTIVISTES.

483. L'indifférence, au moins apparente, des doctrines subjectivistes à l'égard du caractère impératif des lois internes a donné naissance par réaction aux doctrines objectivistes modernes (4). Celles-ci rejettent le principe selon lequel la loi applicable au contrat est la loi désignée par les parties ; selon elles, il existe une loi prédestinée à régir chaque contrat et c'est dans le cadre de ce statut seulement que les parties pourront éventuellement exercer leur liberté en se référant à des règles de leur choix (5). En particulier, la référence à une loi étrangère n'aura de valeur obligatoire et ne s'imposera au juge que dans la mesure où les dispositions de la loi primitivement

(1) On a montré comment la loi d'autonomie s'était introduite en droit français à titre de palliatif, pour mettre fin à des solutions gênantes (BATIFFOL, *Contrats*, nos 20 et s.). Il est remarquable qu'un auteur anglais prête le même rôle historique à la loi d'autonomie en droit anglais ; v. MORRIS, *op. cit.*, p. 207.

(2) C'est le qualificatif donné par d'Argentré à l'argument de Dumoulin visant à faire régir le contrat de mariage par une autre loi que celle de la situation des biens.

(3) L'évolution a été décrite comme un « renversement » par lequel, au lieu de justifier l'application de la loi qui paraissait « convenable » par la volonté des parties, on a décidé d'interroger directement cette volonté, et même on a prétendu que l'on faisait de même alors qu'elles n'avaient manifestement pas envisagé la question (BATIFFOL, *Contrats*, n° 43).

(4) V. VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 1889, t. 2, p. 4 : « Il n'est pas admis de demander ce que les parties ont voulu avant d'avoir répondu à la question préalable de savoir ce que les parties avaient le droit de vouloir » (cité par SCHNITZER, *Rev. crit.*, 1955.464).

V. les principaux auteurs que l'on peut rattacher au courant objectiviste, cités par BATIFFOL, *Contrats*, p. 11, note (1), et NEUMAYER, *Rev. crit.*, 1957.594 (adde : SAVATIER, *Cours de droit international privé*, 2^e éd., n° 299).

(5) NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit.*, 1957.579 et 1958.53 (p. 594).

désignée sont des dispositions supplétives (1). Il est clair que le souci de prévenir la fraude inspire directement ces théories ; on a pu les synthétiser en disant qu'elles procèdent à « une analyse du rôle de la volonté des parties qui conserve à la loi désignée le caractère d'une loi » (2). Ces doctrines doivent être approuvées pour cette raison, mais on peut leur adresser deux graves objections.

484. Selon l'approche objectiviste, on doit *commencer* par déterminer la loi applicable à un contrat international, au moyen d'une règle de conflit ; puis dans la mesure où la loi ainsi désignée s'en remet à la volonté des parties, on respectera la référence qu'elles auront pu faire à une loi différente (3). Or les auteurs objectivistes paraissent incapables de présenter une règle de conflit satisfaisante, propre à désigner la loi « prédestinée » à régir le contrat. Le plus souvent, ils suggèrent des rattachements purement formels, dont l'adoption irait à l'encontre du but recherché, à savoir empêcher la fraude. C'est ainsi que l'auteur américain Beale posait en principe que la loi applicable au contrat est la loi du lieu de conclusion, principe qu'il fit adopter dans le premier *Restatement* (4). Bien qu'il ne se soit pas étendu sur la question de la fraude à la loi, la préoccupation de cet auteur était bien de s'opposer à celle-ci, puisqu'il reprochait aux théories subjectivistes d'ériger les parties en législateur (5). Or la désignation mécanique de la loi du lieu de conclusion ne paraît pas un bon moyen de parvenir à cette fin, puisqu'il suffira aux parties de se rendre dans le ressort de leur choix pour se soustraire à l'application de la loi impérative compétente ; la différence est à peu près inexistante à cet égard entre le système de Beale et celui de l'autonomie pure et simple que cet auteur condamnait (6). Le premier *Restatement* n'a pu échapper à

(1) V. YNTEMA, *op. cit.*, p. 343 ; SAVATIER, *op. cit.*, nos 415 et 416.

(2) BATIFFOL, *Mél. Maury*, p. 44.

(3) La nature légale ou contractuelle de cette incorporation soulève une question embarrassante lorsque la loi à laquelle les parties ont fait référence vient à être modifiée (v. NIBOYET, t. 5, n° 1395, et surtout *Cours de droit international privé français*, 2^e éd., 1949, p. 598 et s.)

(4) *Restatement*, § 332. Selon une approche que l'on retrouve constamment dans cette œuvre, un contrat valable là où il est formé est valable partout (v. en matière de mariage, *supra*, n° 418). V. BEALE, « What Law Governs the Validity of a Contract », 23 *Harv. L. Rev.*, 1, 79, 194, 260 (1909-10) et *Traité* (3 vol.). V. également LORENZEN, « Validity and Effects of Contracts in the Conflict of Laws », 30 *Yale L. J.*, 565, 655 (1921) et 31 *Yale L. J.*, 53 (1921).

(5) BEALE, *Traité*, p. 1079 et 1080.

(6) V. *supra*, note (1), p. 374. La jurisprudence américaine offre précisément des exemples d'une telle manœuvre. Ainsi, pour se soustraire aux lois de l'Etat de New York sur le taux d'intérêt, des usuriers se faisaient remettre un pouvoir au nom d'un mandataire résidant dans un autre Etat ; le contrat fut parfois validé : *Thomson v. Erie R. Co.* 147 App. Div. 8, 131 NY Supp. 627 (1911) ; parfois annulé pour fraude à la loi : *London Finance Co v. Shattuck* 221 NY 702, 17 NE 1075 (1917). Il paraît avoir échappé aux auteurs objectivistes en général qu'un rattachement automatique se prête à peu près aussi facilement à la fraude que la loi d'autonomie ; *adde* : BATIFFOL, *Contrats*, n° 50.

cette contradiction intrinsèque, puisque, dans le souci de faire respecter les lois impératives, il était amené au paragraphe 358 à prévoir l'application de la loi du lieu d'exécution à des matières que le paragraphe 332 paraissait rattacher à la loi du lieu de conclusion (1). Un autre auteur objectiviste, Niboyet, reconnaissait ne pouvoir proposer la règle de conflit permettant de désigner la loi applicable et, partant, de déterminer la mesure de la liberté des parties (2).

485. Une objection encore plus grave, parce que fondamentale, paraît devoir être adressée aux auteurs objectivistes. On peut dire que ceux-ci éliminent purement et simplement l'existence d'un régime propre au contrat international ; car la liberté qu'ils reconnaissent aux parties dans le cadre de la loi compétente n'est pas une liberté de droit international, mais la liberté du droit interne. Par exemple, la liberté que les auteurs français reconnaissent aux parties n'est ni plus ni moins que celle qui leur est reconnue par l'article 1134 du Code civil (combiné avec l'art. 6). L'un d'eux le reconnaît expressément, lorsqu'il affirme : « Les lois supplétives,... voilà le domaine propre de l'autonomie » (3). Or, cette vue méconnaît le fait que la loi impérative interne est moins impérative lorsque le rapport considéré se rattache par un lien significatif à un ordre juridique étranger (4). En s'appliquant à une situation qui déborde le cadre de l'Etat, la loi interne perd de sa légitimité, et la liberté des parties doit se trouver accrue d'autant. En d'autres termes, le juge ne doit pas appliquer la loi impérative à une espèce internationale de la même manière qu'il l'applique à une espèce interne, et il doit tenir un plus grand compte de la volonté des parties. Les théories objec-

(1) La même confusion règne chez STORY, qui désigne tantôt la loi du lieu de conclusion (Par. 242 et 261), tantôt celle du lieu d'exécution (Par. 280). Sur le second, *Restatement*, v. *infra*, n° 490.

(2) NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *Recueil des cours*, 1927, I, p. 111. Une théorie a cependant suggéré d'appliquer au contrat la « loi de la prestation la plus caractéristique », déterminée séparément pour chaque type de transaction de la vie économique : SCHNITZER, « La loi applicable au contrat », *Rev. crit.*, 1955, 459. On peut y voir une systématisation de la « localisation du contrat » et c'est pourquoi cette théorie rend assez bien compte de la jurisprudence.

(3) CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté*, 1927, p. 122. D'autres auteurs sont presque aussi explicites : « Cette doctrine [l'autonomie de la volonté], toute entière fondée sur le respect que mérite la volonté des parties, est incontestable lorsque l'on se borne à l'appliquer à la sphère laissée à la liberté de l'homme par la législation interne : au-delà, elle perd toute légitimité » (PILLET, *Principes*, p. 442) ; et plus loin : « Chaque fois que le principe d'autonomie viendra se heurter à une disposition impérative d'une loi applicable à la cause, il devra céder et disparaître, car il n'existe que sous réserve du respect de l'autorité légitime de la loi » (p. 443). *Adde* : NIBOYET, note au S., 1933, 42 : « En droit international privé comme en droit interne, les contractants ont le choix du contenu de leurs conventions là où l'on se trouve en présence de droit facultatif. Mais leur liberté ne va pas au-delà » (c'est nous qui soulignons).

(4) Rappr. NEUMAYER, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1958, 53.

tivistes ne font aucune place à une telle souplesse lorsqu'elles énoncent que la loi désignée par la règle de conflit doit s'appliquer dans toutes ses dispositions impératives, ne laissant de champ à la volonté individuelle qu'en matière supplétive.

486. Il apparaît donc que l'on ne peut se ranger sans réserve aux doctrines traditionnelles en matière de loi applicable au contrat. Tandis que les unes, tirant argument du caractère international du contrat, font bon marché du caractère impératif des lois internes, les autres, en restituant à ces lois leur autorité, retirent aux parties la liberté qu'elles peuvent légitimement revendiquer. Une réglementation satisfaisante du contrat international ne peut se trouver que dans une synthèse des théories opposées. Celle-ci a été opérée spontanément par le droit positif et la seule doctrine acceptable est celle qui se présente comme une explication du droit positif.

SECTION II

LE DROIT POSITIF ET LA SYNTHÈSE DOCTRINALE

487. Les doctrines subjectivistes paraissent connaître une grande fortune en droit positif, puisque l'on énonce à peu près en tous pays que la loi applicable au contrat international est la loi désignée par les parties. Cependant, un bref examen suffit à indiquer que le principe est partout assorti de limitations visant à faire respecter l'autorité de certaines lois impératives internes, limitations dont on vient de voir que la portée est d'« objectiviser » dans une large mesure le critère de désignation de la loi applicable (A). C'est pourquoi le droit positif ne peut s'expliquer que par une détermination objective de la loi applicable au contrat ; mais celle-ci n'interdit pas de reconnaître un certain pouvoir à la volonté des parties : celui de faire éventuellement prévaloir tel élément significatif du contrat, en désignant elles-mêmes la loi applicable. Cette explication entraîne des conséquences importantes du point de vue de la possibilité et de la sanction de la fraude, et elle conduit surtout à reconsidérer la portée de la règle de conflit couramment énoncée (B).

A. — LE DROIT POSITIF.

488. L'énoncé du principe de la loi d'autonomie paraît toujours assorti, en droit comparé, de restrictions visant à faire respecter l'autorité des lois internes et qui en réduisent la portée subjective. Il en est ainsi aussi bien lorsque le principe figure en législation que lorsqu'il est de source jurisprudentielle.

489. 1) *En législation* (1). — Les textes qui reconnaissent aux parties une certaine liberté dans la désignation de la loi applicable réservent généralement la possibilité d'écarter leur choix ; ainsi se traduit le compromis d'intérêts inévitable entre la liberté justifiée par le caractère international de l'opération et le souci de prévenir la fraude. La loi *tchécoslovaque* du 11 mars 1948 sur les rapports de droit international privé disposait que les parties pouvaient soumettre leurs rapports à une loi déterminée, « pourvu que la relation ait un lien substantiel avec la loi ainsi choisie, et pourvu que cette soumission n'ait pas pour effet de contrevenir aux dispositions impératives auxquelles cette relation est dans tous les cas soumise en vertu des dispositions du présent chapitre » (art. 9) (2). Le Code civil *portugais* de 1967 énonce en son article 41, paragraphe 1, le principe de la loi d'autonomie ; mais le paragraphe 2 ajoute : « La désignation ou la référence des parties ne peut toutefois porter que sur une loi dont l'applicabilité correspond à un intérêt sérieux des déclarants ou qui est en rapport avec un des éléments de l'acte juridique qui est pris en considération par le droit international privé » (3). La loi *polonaise* du 12 novembre 1965 dispose qu'en matière contractuelle les parties peuvent soumettre leurs rapports à la loi de leur choix *pourvu qu'elle soit en relation avec leur obligation* (art. 25) (4). Enfin, la *Convention de La Haye* sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels dispose tout d'abord que : « La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes » (art. 2, al. 1) ; mais l'article 6 ajoute que chaque Etat peut écarter l'application de la loi désignée, pour un motif d'ordre public. On a vu que la réserve de l'ordre public comprend celle de la fraude à la loi (5).

490. Les projets de codification et œuvres de synthèse révèlent le même compromis entre le souci de reconnaître la liberté des

(1) V. le tableau comparatif dressé par YNTEMA, *op. cit.*, p. 345 à 348. Il ressort de celui-ci que certaines législations sont en revanche d'inspiration nettement objectiviste (v. notamment les pays d'Amérique latine) ; on n'aurait sans doute guère de peine à montrer que la jurisprudence fait dans ce cas une certaine part à la loi d'autonomie. V. également KAHN, *La vente commerciale internationale* (1961), p. 236 et s.

(2) Ces réserves n'ont pas été reprises dans la loi du 4 décembre 1963 ; v. Z. KUCERA, « La loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963 sur le droit international privé et de procédure », *Clunet*, 1966.783. Ceci peut s'expliquer parce que l'on aurait pris conscience de ce que la fraude ici envisagée n'a guère de sens dans un pays d'économie dirigée.

(3) *Rev. crit.*, 1968.374 (trad. Ferreira et Lisbonne). Le Code de commerce de 1884, après avoir posé le principe de l'autonomie de la volonté, ajoutait qu'il y serait fait exception lorsque de son application résulterait une atteinte à l'ordre public.

(4) S. SZER, « La nouvelle loi polonaise sur le droit international privé », *Clunet*, 1966.346. La loi de 1925, que cette disposition remplace, limitait le choix des parties aux lois du lieu de conclusion, d'exécution, de la situation de l'objet, du domicile et de la nationalité des parties (art. 7).

(5) *Supra*, n° 480. En ce sens, relativement à la Convention de La Haye sur la vente internationale, LOUSSOUARN et BREDIN, n° 578.

parties et celui de ménager l'autorité de la loi. En France, le projet de codification du droit international privé de 1954 disposait que : « Sous réserve des dispositions de police et de sûreté, les contrats sont soumis, en ce qui concerne leurs conditions de fond et leurs effets obligatoires, à la loi que les contractants ont choisie dans un intérêt légitime » (art. 89, al. 1) (1). Le projet Benelux de loi uniforme relative au droit international privé de 1967 énonce en son article 3 alinéa 1 le principe de la loi d'autonomie ; mais l'alinéa 2 ajoute : « Lorsque le contrat est manifestement localisé dans un pays déterminé, les dispositions de la loi de ce pays dont la nature et l'objet particuliers spéciaux excluent l'application de toute autre loi ne peuvent être écartés par la volonté des parties » (2). Aux Etats-Unis, les dispositions du second *Restatement* illustrent également le conflit entre la loi d'autonomie et le danger de fraude. Le paragraphe 187 (2) dispose : « La loi de l'Etat choisi par les parties pour régir leurs droits et obligations contractuels sera appliquée, même si la question en litige est une de celles qu'elles n'auraient pu résoudre par une stipulation particulière sur cette question dans leur accord, à moins que (a) l'Etat choisi n'ait aucun lien substantiel avec les parties ou la transaction et qu'il n'y ait aucun autre fondement raisonnable au choix des parties, ou que (b) l'application de la loi de l'Etat choisi soit contraire à l'ordre public fondamental d'un Etat qui a un intérêt matériel supérieur à celui de l'Etat

(1) V. *La Codification du droit international privé*, Dalloz, 1956. Cette disposition réservait donc distinctement l'ordre public et la fraude à la loi, conformément à la doctrine bilatéraliste traditionnelle.

Les projets consécutifs de 1959 et 1967 se sont contentés de viser les contrats « de caractère international » (ce qui équivaut à la réserve de l'ordre public ou à celle de la fraude ; *supra*, nos 478 et s.) ; cette précision est tout à fait significative dans des dispositions qui s'appliquent *par hypothèse* en matière internationale. (sur ces différents projets et plus précisément le dernier en date, v. Jacques FOYER, « Le nouvel avant-projet de réforme du droit international privé français », *Clunet*, 1971.31).

La même observation peut être faite à propos de l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles au sein de la C.E.E. : si l'article 2 énonce en son alinéa 1 que « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties », sans autre précision, on relève dans l'article 1^{er} que « (les) règles de droit international privé de la présente convention sont applicables dans les situations ayant un caractère international... » (v. *Rev. crit.*, 1973.210).

(2) *Rev. crit.*, 1968.812. Le projet de 1951 énonçait : « Lorsqu'un contrat se rattache si étroitement à un pays déterminé qu'il doit être considéré comme appartenant à la sphère juridique de ce pays, il est régi par la loi de ce pays, à moins que les parties n'aient soumis le contrat en tout ou en partie à une autre loi. Ce choix ne peut avoir pour effet de soustraire le contrat aux dispositions de la loi ci-dessus visée » (art. 17). Cette disposition est en réalité d'inspiration plus objectiviste que subjectiviste. Celle qui lui a succédé n'est pas non plus exempte d'un défaut objectiviste lorsqu'elle énonce le principe de la loi d'autonomie en ces termes : « Les contrats sont régis par la loi choisie par les parties, tant en ce qui concerne les dispositions impératives que les dispositions supplétives (art. 13, al. 1). En effet, la distinction suppose une loi objectivement prédéterminée.

choisi dans la solution de la question en litige et qui, d'après la règle du paragraphe 108, serait l'Etat dont la loi s'appliquerait en l'absence d'un choix valable par les parties » (1).

491. 2) *En jurisprudence.* — Dans les pays où la loi ne réglemente pas les rapports internationaux de droit privé, la jurisprudence énonce en général le principe de la loi d'autonomie ; mais le principe n'exprime pas à lui seul le droit positif. Lorsqu'il est énoncé sans restriction, on peut constater que l'on se trouve dans une hypothèse de contrat « véritablement » international (2), c'est-à-dire de vrai conflit, donc exclusif de la fraude ; un exemple caractéristique est l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation française du 5 décembre 1910 et dans laquelle il s'agissait d'un transport de New York à Pointe-à-Pitre (3). Parfois, même en présence d'un tel contrat, les juges réservent, sous une formulation quelconque, la possibilité de fraude. Tel fut le cas dans le célèbre arrêt *Vita Food* du Conseil privé anglais, qui a admis l'application de la loi anglaise, désignée par les parties pour régir un transport entre Terre-Neuve et les Etats-Unis : l'arrêt précise que pour recevoir effet, le choix des parties doit être « *bona fide* and légal » (4). Cette réserve figure également dans deux des plus importants arrêts rendus par la Cour suprême des Etats-Unis en cette matière (5).

(1) Le paragraphe 188 dispose qu'en l'absence de choix exprès par les parties, la loi applicable « à la question litigieuse » (et non « au contrat ») est celle qui présente les liens les plus étroits avec la transaction et avec les parties.

On remarque que la disposition de l'article 187 permet de sanctionner l'éviction de la loi d'un *sister-state* aussi bien que de la loi du for.

(2) Rapp. BATIFFOL, *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Contrats et conventions*, n° 6.

(3) Civ., 5 déc. 1910, S., 1911.1.129, note Lyon-Caen : « Att. que... la loi applicable aux contrats soit quant à leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée ».

(4) *Vita Food Products v. Unus Shipping Co* [1939] A.C. 277. La réserve de la fraude était d'autant plus nécessaire qu'en l'espèce, l'opération n'avait aucun lien matériel avec l'Angleterre ; mais le droit anglais fait en quelque sorte figure de droit commun en matière de transport maritime. Comme l'a exprimé un juge : « ... les parties peuvent raisonnablement souhaiter que les principes familiers du droit commercial anglais s'appliquent ».

Parfois, c'est parce que le caractère international du contrat est contestable que la réserve de la fraude s'impose ; ainsi dans un arrêt de la Cour de Paris du 13 décembre 1955, du reste cassé parce que les juges ne s'étaient pas suffisamment expliqués sur le caractère international des opérations intervenues ; v. Paris, 13 déc. 1955 et Civ. com., 4 nov. 1958, D., 1959.361, note Malaurie.

(5) *Seeman v. Philadelphia Warehouse Co.* 274 US 403 (1927). D'après une jurisprudence très libérale, en matière de prêt d'argent, on fait prévaloir de la loi du lieu de conclusion ou de celle du lieu d'exécution celle qui autorise l'intérêt le plus élevé sans encourir les peines de l'usure. Mais le juge Stone précisa que les parties devaient agir de bonne foi et il ajouta : « [Cette] précision a simplement pour objet d'empêcher la fraude ou l'éviction délibérées des lois sur l'usure autrement applicables, qui consisterait de la part des parties à conclure le contrat ou à stipuler son exécution en un lieu n'ayant aucune relation normale avec l'opération et sous l'empire d'une loi à laquelle les parties ne seraient pas soumises sans ces circonstances ». *Lauritzen v. Larsen* 345 US 571 (1953) : « Sous

Et surtout, de façon directe, les tribunaux de divers pays ont eu l'occasion de sanctionner la fraude à la loi en écartant la loi étrangère désignée par les parties, lorsqu'il paraissait que ce choix ne pouvait se justifier que par le désir de se soustraire indûment à une disposition impérative (1). Ces espèces sont relativement rares ; mais ceci s'explique parce que l'antagonisme d'intérêts des parties s'oppose normalement à ce qu'elles s'entendent sur la désignation d'une loi sans compétence ; ou à supposer que leur intérêt commun soit de se soustraire à la loi, parce qu'elles ne recourront à une loi étrangère que si le contrat présente quelque rattachement significatif à un système étranger. Mais l'existence de quelques décisions sanctionnant une fraude suffit à indiquer que le principe de la loi d'autonomie ne peut être accueilli sans réserve. Aussi l'explication du droit positif doit-elle être recherchée ailleurs que dans les théories classiques.

B. — LA SYNTHÈSE DOCTRINALE.

492. Les doctrines objectivistes traditionnelles sont exactes en ce qu'elles mettent l'accent sur le caractère impératif de la loi, et fausses en ce qu'elles méconnaissent en général la liberté particulière dont peuvent légitimement bénéficier les parties dans une opération internationale ; les doctrines subjectivistes présentent les qualités et les défauts inverses (2). Tous les auteurs ne se sont cependant pas laissés enfermer dans ce dilemme et certains se sont attachés à présenter une synthèse, qui se trouve rendre compte du droit positif de la manière la plus satisfaisante. Ainsi certains auteurs anglais ont expliqué la jurisprudence en montrant que la loi applicable au contrat est dans tous les cas déterminée par le *grouping of contacts* ou le *center of gravity* de l'opération, ce qui procède d'une démarche indiscutablement objective ; cependant ces auteurs ont évité l'erreur des doctrines objectivistes, en reconnaissant que la volonté exprimée par les parties joue un rôle dans

réserve des dispositions d'ordre public, la tendance... est d'appliquer en matière contractuelle la loi que les parties ont entendu voir appliquer... [Mais] le résultat serait tout différent si le contrat visait à évincer la loi compétente (*to avoid applicable law*) » (per Justice Jackson).

Sur la jurisprudence suisse, v. AUBERT, « Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisses », *Rev. crit.*, 1962.19 : « [La jurisprudence fédérale] facilite la sécurité en se pliant à la volonté des parties (*lorsqu'elle n'est pas frauduleuse*) » (p. 51) (c'est nous qui soulignons).

En Allemagne, v. R.G., 28 mai 1936, *Nouv. rev. dr. int. pr.*, 1936.353 (respect de la loi d'autonomie sous réserve de rattachements étrangers suffisants).

(1) V. la jurisprudence citée par BATIFFOL, *Contrats*, n° 61 et s., et notamment Rennes, 26 juill. 1926, *Rev. dr. int. pr.*, 1927.523, note Niboyet ; Limoges, 12 oct. 1928, D., 1928.2.49. Adde en Australie (Cour suprême du Queensland) : *Golden Acres Ltd v. Queensland Estates Pty Ltd* (1969) Qd. R. 378.

(2) *Supra*, n°s 475 et s.

la détermination même du centre de gravité du contrat, au lieu d'être entièrement subordonnée à la loi objectivement désignée (1). Mais c'est surtout dans une magistrale étude comparative que le mécanisme de la détermination de la loi applicable a été analysé d'une manière qui paraît irréfutable (2). Ce mécanisme peut être résumé en deux propositions : la localisation objective du contrat dépend de son économie, donc de la volonté des parties ; (mais) l'objet propre de la volonté des parties est la localisation du contrat, non le choix de la loi (3). Ainsi se trouve justifiée l'influence indéniable de la volonté des parties : il appartient à un individu d'effectuer une transaction dans tel pays plutôt que dans tel autre en fonction de la législation qui lui paraît plus favorable. Mais aussi, c'est au juge qu'il appartient de décider si la référence expresse à une loi donnée est légitime. Si l'opération présente des rapprochements significatifs avec différents pays, le juge permettra aux parties de faire pencher la balance en faveur de telle loi, par une désignation expresse ou implicite. Ceci s'explique parce qu'aucune des lois en conflit n'a un titre manifestement prépondérant à s'appliquer ; il est donc normal que l'une d'elles soit amenée à s'effacer, pour le plus grand bénéfice du commerce international. Au contraire, s'il résulte de la localisation objective du contrat, telle qu'elle résulte elle-même de la volonté des parties, que l'opération se rattache par les liens les plus étroits à un Etat donné, il n'y a pas lieu de permettre aux parties d'écarter une loi impérative de cet Etat. On ne peut tolérer une discordance trop forte entre l'expression de la volonté et les éléments objectifs du rapport de droit ; lorsque celui-ci est impérativement réglementé par la loi la plus concernée, cette discordance consacrerait une violation substantielle de la loi et elle sera le plus souvent la manifestation d'une fraude (4).

493. Cependant, lorsque le juge écarte la loi désignée par les parties, ou invoquée par le demandeur, il n'y a normalement pas

(1) V. les auteurs cités par NEUMAYER, *op. cit.*, p. 595, note (2) ; *adde* : DICEY-MORRIS, p. 691 et s., et BATIFFOL, *Mél. Maury*, p. 53, note (20).

V. une application de la méthode du *grouping of contacts* par la plus haute juridiction de l'Etat de New York : *Auten v. Auten* 308 NY 155, 124 NE 2d 99 (1959).

(2) BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, 1938. C'est à tort que l'on rattache parfois cette œuvre aux courants doctrinaux traditionnels, puisqu'il s'agit d'une explication de la jurisprudence, et qu'elle révèle une conception « intermédiaire entre celle d'une autonomie radicale et d'un système rigide » (BATIFFOL, *Cours de droit international privé*, 1960-61, p. 608), que l'auteur déclare l'un et l'autre non réalistes.

(3) BATIFFOL, *Contrats*, nos 44 et 45. Le moindre mérite de cette analyse n'est pas d'éliminer la dichotomie entre le cas où les parties ont désigné la loi applicable (sur lequel les théoriciens s'affrontent) et celui où elles n'ont rien indiqué (sur lequel tout le monde s'accorde pour désigner la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat) ; v. sur ce point, BATIFFOL, *Contrats*, n° 46, et note à la *Rev. crit.*, 1959.711.

(4) On rapprochera cette question de celle que pose en droit interne la qualification du contrat par les parties.

lieu de parler de fraude. Le plus souvent, la loi invoquée n'est pas tout-à-fait dépourvue de lien avec le contrat ; simplement, son titre à s'appliquer est jugé moindre que celui d'une autre ; il suffit alors au juge de constater que les éléments objectifs de l'opération rattachent celle-ci à la loi qu'il déclare compétente (1). Il n'y a lieu de parler de fraude que si la prétention du demandeur est manifestement abusive eu égard à l'économie de l'opération, ce qui est pratiquement rare. D'autre part, lorsque le juge se prononce pour l'application de la loi désignée par les parties, il fonde généralement sa décision sur le respect de leur volonté, en énonçant que la loi applicable au contrat international est la loi désignée par les parties. Les décisions de ce type nourrissent les théories des auteurs subjectivistes. Pourtant, si la désignation porte sur une loi étrangère, il ne fait aucun doute que le juge a d'abord soigneusement pesé les éléments objectifs de l'opération, pour s'assurer qu'aucune loi impérative du for n'est applicable à la cause (2). Il devrait faire preuve de la même vigilance au profit des lois étrangères, lorsque la désignation porte sur la loi du for (3). A cet égard, on sait que le

(1) V. par ex. Trib. civ. Seine, 7 juin 1956, *Rev. crit.*, 1956.683, note H. B., écartant la possibilité de compromettre parce que le contrat est un contrat français malgré la nationalité étrangère de deux des parties, mais sans faire allusion à une intention de fraude.

(2) Un certain nombre d'auteurs anglo-saxons relèvent ainsi qu'une pratique objectiviste se déguise sous des affirmations subjectivistes : « La théorie de l'intention présumée » ne paraît en définitive être qu'un moyen maladroit et plutôt équivoque d'exprimer la règle selon laquelle la loi applicable est celle de l'Etat avec lequel la transaction présente dans l'ensemble le lien le plus étroit et le plus substantiel » (Cook, *The Legal and Logical Bases...*, p. 418). « La règle selon laquelle la loi applicable est celle que voulaient les parties n'est qu'un moyen pour les tribunaux d'exprimer que la loi applicable est celle du pays avec lequel la transaction a le lien le plus étroit, en l'absence de déclaration expresse des parties ; et il ne paraît exister aucune autorité... en faveur de l'opinion selon laquelle une déclaration expresse a toujours force obligatoire, y compris lorsque la transaction ne présente aucun rattachement significatif avec le pays dont la loi a été choisie » (FALCONBRIDGE, *op. cit.*, p. 412). « Comme la théorie du contrat implicite dans le droit des quasi-contrats et la doctrine de la condition implicite dans celui de la *frustration* du contrat, la théorie subjective de la loi applicable n'est rien de plus qu'une fiction » (MORRIS, *op. cit.*, p. 207). *Adde* : CHESHIRE, *International Contracts*, 1948.

Il faut ajouter qu'un grand nombre de décisions citées par les partisans de la loi d'autonomie n'ont pas la portée que ces auteurs leur prêtent, parce que la loi écartée ne contient sur la question débattue que des dispositions supplétives ; à supposer que cette loi soit effectivement la plus compétente, la liberté reconnue aux parties n'est alors qu'une liberté de droit interne (*supra*, n° 485).

Enfin, certaines décisions françaises contemporaines ne se contentent pas d'affirmer la compétence de la loi d'autonomie, mais portent la trace du contrôle objectif exercé par le juge. V. Paris, 10 avr. 1957, *J.C.P.*, 1957.II.10078, note Motulsky ; *Rev. crit.*, 1958.120, note Y. L. ; *Clunet*, 1958.1002, note Goldman : le contrat est déclaré soumis à la loi anglaise « d'après la volonté des parties, concrétisée par le lieu de conclusion [et] le lieu de situation du navire » ; Paris, 16 juin 1959, *Rev. crit.*, 1960.72, note Jambu-Merlin : dans cette espèce, les parties n'avaient pas expressément désigné la loi applicable, mais l'arrêt relève la « manifestation de volonté qui résulte de la localisation effective de [l']opération ».

(3) V. l'avant-projet de Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles élaboré par les Etats membres de la C.E.E.,

juge ne connaît pas normalement la loi étrangère ; mais celle-ci devrait être portée à sa connaissance puisque le débat est par hypothèse contradictoire. Quoi qu'il en soit, l'analyse par la localisation du contrat réduit considérablement la portée du principe de la loi d'autonomie. Cette analyse montre que la désignation dans un contrat de la loi applicable n'a pour le juge que la valeur d'un vœu. Les parties se sont créés des droits par un mode originaire, en se réclamant de telle loi positive (1). Si une contestation s'élève quant à la validité de ces droits, leur réalisation contentieuse devient nécessaire et ils ne bénéficient plus que de la présomption de validité qui s'attache aux situations acquises. Cette présomption est forte, dans la mesure où l'antagonisme originaire d'intérêt des parties paraît s'opposer à ce qu'elles s'entendent sur l'application d'une loi incompétente ; mais elle est faible, dans la mesure où l'une peut avoir imposé sa volonté à l'autre (contrat d'adhésion) et où, en toute hypothèse, les parties se confèrent des droits en dehors de tout contrôle étatique (2).

494. A cet égard, on peut comparer et opposer la validité internationale des droits contractuels à celle des droits relatifs à l'état des personnes. Ceux-ci bénéficient d'une forte présomption de validité, parce que leur acquisition repose fréquemment sur des facteurs qui ne dépendent pas de la volonté des individus : le cas de la nationalité d'origine est topique. D'autre part, lorsque la volonté individuelle intervient, notamment pour les modifications d'état, elle s'accompagne généralement de l'intervention d'une autorité publique (3), ce qui lui confère une forte présomption de validité au point de vue international (4). Tel n'est pas le cas pour des droits créés par contrat ; même l'exécution volontaire par un débiteur de son obligation ne peut apporter un confort équivalent à la validité de ces droits. C'est pourquoi l'argument selon lequel la loi applicable à un contrat international (c'est-à-dire qualifié tel par les parties avant l'intervention du juge) est la loi désignée par les parties, n'a pas la même force que celui selon lequel, par exemple, le statut personnel est régi par la loi nationale : tandis que le juge hésitera à déclarer inopposable la nationalité conférée par un Etat

art. 7 : « Lorsque le contrat présente également des liens avec un pays autre que celui dont la loi est applicable en vertu [de l'art. 2 : loi d'autonomie] ... et que la loi de cet autre pays contient des dispositions réglant impérativement la matière d'une façon qui exclut l'application de toute autre loi, il sera tenu compte de ces dispositions dans la mesure où leur nature ou leur objet particuliers pourrait justifier cette exclusion » (*Rev. crit.* 1973.211).

(1) Sur l'acquisition des droits subjectifs par un mode originaire, v. MAZEAUD, *Leçons*, t. I, vol. 1, n°s 240 et s.

(2) Il faut notamment réserver le cas du contrat de constitution de société, dans lequel les intérêts des parties sont largement convergents ; *infra*, Titre IV.

(3) Sur ce que la volonté seule est impuissante en matière d'état, v. MAZEAUD, *Leçons*, t. I, vol. 2, n° 467.

(4) *Supra*, n°s 121 et s.

étranger, il n'hésitera guère à affirmer l'applicabilité de la loi du for, écartée par les parties à un contrat ; ou encore, il écartera volontiers l'allégation selon laquelle une loi étrangère est applicable au contrat. Cette dernière observation conduit à envisager sous un jour nouveau la question de la fraude à la loi en matière de contrat.

SECTION III

L'APPLICATION DES LOIS IMPÉRATIVES DU FOR ET LA FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE

495. Bien que le juge déclare fréquemment déduire la loi applicable au contrat *directement* de la volonté des parties, il est certain que cette volonté est impuissante à elle seule à déclencher l'application de la loi désignée. La volonté ne peut être efficace que si elle repose sur un support objectif suffisant, qui justifie l'application de la loi dite d'autonomie. Tous les auteurs s'accordent du reste à reconnaître que la localisation objective du contrat détermine la loi applicable en l'absence de choix des parties. S'il existe donc une loi prédestinée à régir le contrat, on conçoit mal que cette loi s'efface automatiquement devant une clause attributive de compétence (1). C'est pourquoi l'on peut dire que sous des affirmations d'inspiration subjective se cache une démarche indiscutablement objective. Cette discordance entre la démarche intellectuelle suivie par le juge et l'expression de son résultat, n'est pas entièrement critiquable : le principe de la liberté des conventions est la règle et, en droit civil comme en droit pénal, tout ce qui n'est pas défendu est permis. Mais il ne faut jamais perdre de vue l'autorité des lois impératives : « (il) ne peut appartenir qu'au législateur de déterminer l'étendue d'application des lois qu'il édicte dans les rapports internationaux ; c'est une prérogative de sa souveraineté qui ne peut être exercée par les parties » (2). En fait, il est rare que le législateur précise le domaine d'application dans les rapports internationaux des lois qu'il édicte (3) ; mais le juge exerce, sous couvert d'interprétation, ce rôle qui ne saurait revenir aux individus. Et même dans le cas où

(1) V. note Batiffol, sous Civ., 6 juill. 1959, *Rev. crit.*, 1959.708.

(2) KAYSER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé dans la jurisprudence française », *Clunet*, 1931.43. *Adde* : BATIFFOL, *Aspects philosophiques*, p. 249 : « Un esprit non prévenu acceptera plus facilement l'idée qu'il appartient à la loi de déterminer les personnes, les biens et les actes auxquels elle s'applique, que celle d'après laquelle les parties décideraient arbitrairement qu'elles obéiront à telle loi et non à telle autre ».

(3) V. p. ex. le *Jones Act* américain, *supra*, n° 18. On a pu dire également d'une loi de New York sur le taux d'intérêt qu'elle paraissait viser « toutes les personnes physiques et morales prêtant de l'argent n'importe où dans le monde » (Cook, *op. cit.*, p. 403).

le législateur a envisagé les rapports internationaux, il y a place pour l'interprétation par le juge, dont le rôle est donc dans tous les cas essentiel (1).

496. L'explication de la jurisprudence par la localisation du contrat a par ailleurs mis en évidence le rôle du juge en cas de litige sur la loi applicable à un contrat. Ce rôle était à peu près ignoré des doctrines subjectivistes, pour lesquelles la volonté des parties est au premier plan, et même d'une certaine façon, des doctrines objectivistes, pour lesquelles le rôle du juge est purement mécanique. Or non seulement ce rôle a toujours été un rôle actif, mais il est appelé à se développer avec l'intervention de l'Etat dans l'économie et la réglementation croissante des contrats. Le juge veille au respect des lois, et plus il y a de lois impératives, plus il doit être attentif à leur violation possible. On peut même penser que *qualitativement*, l'existence d'une réglementation peut inciter le juge à rattacher un contrat à la loi du for, dans des conditions de fait où, si la réglementation n'existait pas, il aurait plus volontiers reconnu la compétence d'une loi étrangère. L'observation est paradoxale, parce que le centre de gravité d'une transaction donnée ne doit dépendre que de ses éléments et non de l'existence ou de la non-existence d'une réglementation générale et abstraite. Pourtant, il est permis de penser que si la transaction intéresse deux Etats, dont l'un la réglemente, il se crée une rupture d'équilibre : il y a pour le juge dont la loi réglemente le contrat un phénomène d'attraction vers la loi du for ; il suffit d'évoquer les contrats de travail, d'assurance ou de banque pour comprendre ce phénomène. La réglementation impérative d'un contrat traduit la prise en considération d'intérêts généraux, et la prise en considération des intérêts généraux signifie le déclin de l'individualisme. Corrélativement, on assiste en droit international privé à un « rapprochement » de la compétence judiciaire et de la compétence législative. A mesure que les lois gagnent en technicité, il devient plus difficile pour un juge étranger de les connaître, de les comprendre et de les appliquer. Si d'autre part la loi du for réglemente le contrat, le juge n'aura que davantage tendance à appliquer celle-ci, au détriment peut-être d'une loi étrangère plus compétente.

497. La combinaison de ces facteurs amène à considérer une possibilité de fraude en matière d'actes juridiques internationaux qui n'est pas la fraude traditionnellement envisagée. Celle-ci s'exerçait par désignation au contrat d'une loi sans compétence suffisante et on l'envisageait plutôt comme une fraude à la loi du for, que le juge aurait pu laisser se commettre par respect pour le principe de la loi d'autonomie. On sait que ce danger de fraude n'est pas grand,

(1) V. FRANCESKAKIS, *Rev. crit.*, 1966.10.

notamment parce que la règle de conflit n'est pas appliquée sans contrôle. Mais précisément parce que le juge est soucieux de ne pas voir une situation qui présente un lien étroit avec le for échapper à la loi impérative, le danger de fraude se déplace. La fraude peut être le fait d'une partie qui saisit un juge donné pour faire dire que la loi du for est applicable au contrat et, par exemple, pour faire annuler une opération qui tourne à son détriment. Cette fraude s'exercerait au détriment d'une loi étrangère plus compétente, et plus particulièrement dans le cas où les parties n'ont pas désigné la loi applicable. En présence d'une loi impérative du for, dont le législateur n'a pas fixé le domaine d'application, le demandeur peut espérer convaincre le juge de l'application de cette loi, malgré que les éléments les plus significatifs de l'opération rattachent celle-ci à une loi étrangère. Des considérations pratiques, déjà évoquées, limitent cependant les possibilités d'une telle fraude : celle-ci ne sera parfaite que par l'exercice des droits irrégulièrement acquis ; si une loi étrangère est manifestement plus compétente, c'est dans le ressort de cette loi que les droits devront normalement être exercés, et le débiteur pourra y contester victorieusement la décision étrangère. Si la décision peut être exécutée dans le ressort de la juridiction qui l'a rendue, on peut penser que la situation présentait avec l'Etat du for des rattachements suffisants (à défaut d'être prépondérants) pour que la qualification de fraude soit contestable (1). Cependant, l'hypothèse d'une telle fraude ne doit pas être écartée totalement. Un accord international peut avoir prévu l'exécution automatique des décisions de justice rendues dans un Etat étranger, sans réserver l'ordre public ; de tels accords sont appelés à se développer (2). D'autre part, certaines personnes morales exercent leur activité dans un grand nombre de pays, soit comme une personne unique, soit sous la forme de sociétés de droit local ; il sera possible dans certains cas d'exécuter sur place une décision obtenue contre la société pour une transaction n'ayant aucun rapport avec ses activités locales. Enfin, l'existence en jurisprudence de décisions dans lesquelles les tribunaux ont hésité à faire application de la loi du for, voire ont refusé d'en faire application, au motif qu'une loi étrangère paraissait plus compétente, suffit à indiquer que la possibilité de *forum shopping* ne doit pas être écartée (3). Au point de vue théorique, d'autre part, cette question soulève celle des *lois d'application immédiate*. L'expression indique suffisamment l'attraction qu'exercent ces lois par rapport

(1) V. *supra*, n°s 136 et s.

(2) Ils devraient être la règle dans une fédération d'Etats. C'est ainsi qu'aux Etats-Unis, la Clause *Full Faith and Credit* de la Constitution a pu se prêter à la fraude ; la Convention de Bruxelles qui lie les Etats membres de la C.E.E., en réservant l'ordre public, paraît donner le moyen de s'y opposer (sur ces deux points, v. *supra*, n° 134).

(3) V. notamment les arrêts américains sur l'application des lois sur le travail maritime, *supra*, n° 98.

à certaines situations (1). C'est sans doute le problème le plus important du droit international privé contemporain que celui de l'application à une situation transnationale de ces lois dont la teneur ne se prête pas à la désignation par une règle de conflit. Ce problème déborde de beaucoup celui de la fraude à la loi (2). Il convient cependant d'évoquer trois catégories de dispositions dont on peut craindre que le juge ait tendance à les appliquer sans souci de respecter la compétence supérieure d'une loi étrangère : les lois sanctionnées par une disposition pénale, les lois réglementant impérativement certains contrats et les lois relatives aux actes d'exécution.

498. a) Lois sanctionnées par une disposition pénale. Les lois pénales sont des lois de droit public, lors même que les agissements qu'elles sanctionnent ressortissent au droit privé. Or les Etats sont par définition attachés au respect de leur souveraineté en matière de droit public, et d'autre part le lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative est en cette matière automatique (3). C'est pourquoi le tribunal saisi aura tendance à faire application de la loi pénale, sans rechercher quelle est la loi civile applicable à l'opération qu'il sanctionne (4). La question s'étant par exemple trouvée posée de la validité d'un contrat entre négociants en charbon, que les parties avaient soumis à la loi anglaise, la Cour de cassation a déclaré que s'« il est loisible au Français traitant avec des étrangers de se soumettre à l'application de la loi du pays où le contrat a été passé, les tribunaux français ne peuvent donner effet à la convention ainsi conclue qu'autant... qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public » ; en l'espèce, il fut jugé que le contrat aboutissait à constituer une *entente*, réprimée par la loi pénale en tant qu'elle affectait le mouvement des prix (art. 419, C. pén.) (5).

(1) Sur la question des lois d'application immédiate, v. les auteurs cités *supra*, n° 80.

(2) Il y a toutefois lieu de relever une confusion, sur laquelle paraît reposer chez certains auteurs l'hostilité à la notion de loi d'application immédiate. Il ne saurait être question de dresser un catalogue de lois ainsi qualifiées et de nier tout conflit lorsque ces lois sont en jeu. La notion correspond à une *méthode* différente de solution des conflits de lois, qui consiste à rechercher si dans tel cas particulier, telle loi impérative du for doit recevoir application, compte tenu de la localisation du rapport de droit et des buts visés par les lois en conflit. Loin de nier l'existence d'un conflit, la notion de loi d'application immédiate bien comprise prend celui-ci en considération *au fond*, tandis que la méthode de la règle de conflit se satisfait de la désignation de la loi applicable par un syllogisme abstrait (ou qui feint de l'être, *infra*, n° 500). Le reproche de nationalisme parfois adressé à la « méthode des lois d'application immédiate » paraît donc déplacé.

(3) *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Compétence pénale*, par G. LEVASSEUR et A. DECOCQ, n° 3.

(4) Rapp. BATIFFOL, *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Contrats et conventions*, n° 19.

(5) Cass., 8 janv. 1913, S., 1913.1.243, *Clunet*, 1913.891. En matière d'émission de chèque sans provision, cependant, la Chambre criminelle a jugé qu'il fallait.

La question de l'application transnationale des dispositions pénales sanctionnant le droit économique est appelée à se poser de plus en plus fréquemment. C'est ainsi que le domaine d'application des lois anti-trust et sur la propriété industrielle a fait l'objet dans certains pays de litiges d'une extrême complexité (1).

499. b) Lois réglementant impérativement certains contrats (2).

Certains contrats font l'objet d'une réglementation telle que le juge saisi d'un litige présentant des rattachements à une loi étrangère aura tendance à ne pas tenir compte de ce facteur et à appliquer la loi du for. L'exemple du contrat de *bail* a été évoqué (3). On peut encore citer ceux du contrat d'assurance et du contrat de travail. En ce qui concerne le contrat d'assurance, un auteur a pu dire que « la loi d'autonomie n'a rien à voir dans ce domaine », et qu'« il y a très peu de contrats d'assurance qui échappent à l'application de la loi française (4). Le lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative est ici particulièrement étroit. Un arrêt de la Cour de Paris a exprimé en termes énergiques le caractère de loi de police de la loi du 13 juillet 1930 et écarté délibérément la méthode de la règle de conflit en cette matière : « Considérant que les diverses relations juridiques nées du contrat d'assurance... sont, sur le territoire français, fixées impérativement par la loi française et non pas laissées à la libre discussion des parties... ; qu'ainsi les relations de la victime... et de l'assuré ne relèvent pas en France du droit contractuel et de l'autonomie des volontés, mais d'un statut réglementaire qui, comme tel, doit être tout entier considéré comme d'ordre public au regard du droit international privé et s'impose dès lors sur le territoire national... ; que dès lors [il n'est pas] besoin

avant de prononcer une peine, rechercher si d'après la loi compétente il doit exister une provision préalable : Crim. 20 oct. 1959, D., 1960.300, note P. Lagarde, *Clunet*, 1960.1060, obs. Sialelli.

(1) V. STEINER et VAGTS, *Transnational Legal Problems*, Chap. IX, et notamment les décisions rendues concurremment en Angleterre et aux Etats-Unis sur des accords entre du Pont de Nemours et Imperial Chemical Industries (p. 944 et s.) ; MEZGER, *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Pratiques restrictives de la concurrence*, nos 14, 35 et s. ; GOLDMAN, « Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence », *Recueil des cours*, 1969.III, p. 631.

(2) BATIFFOL-LAGARDE, n° 576 ; *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Contrats et Conventions* par H. BATIFFOL, n° 20.

(3) *Supra*, n° 113, et notamment l'arrêt de la Chambre sociale du 16 janv. 1953, *Rev. crit.*, 1953.581, note H.B. La note aborde le problème, ici envisagé, du respect des lois étrangères de même nature que les « lois d'application immédiate » du for. Evoquant le rattachement impératif du contrat de bail à la loi française du lieu de situation de l'immeuble, l'auteur écrit : « Si ces solutions se développent, on sera un jour conduit à se demander dans quelle mesure le caractère de loi de police d'une prescription étrangère s'impose au juge quand cette prescription a entendu régir avec une impérativité particulière une matière que le droit du for abandonne à la loi d'autonomie » (*Rev. crit.*, 1953.583) ; v. également note à la *Rev. crit.*, 1970.282.

(4) PICARD, « L'autonomie de la volonté en matière de contrat d'assurance », *Trav. com. fr.*, 1937-38, p. 137 (p. 142, 143, 144) (La seconde affirmation ne vise naturellement que les contrats dont vient à connaître le juge français).

de rechercher si les parties au contrat d'assurance ... avaient entendu contracter sous l'empire de la loi française ou d'une loi étrangère... » (1). La généralité des termes est frappante et il est permis de trouver ces affirmations trop tranchées. Mais il résulte manifestement de cette manière d'envisager un conflit de lois qu'une fraude éventuelle est moins à craindre au détriment de la loi française qu'à celui d'une loi étrangère, écartée alors qu'elle avait un titre supérieur à s'appliquer.

500. Le contrat de *travail* a également été pour les tribunaux français l'occasion d'affirmer l'applicabilité de la loi du for sans passer par le relais d'une règle de conflit, c'est-à-dire d'appliquer la loi française de façon immédiate (2). Le risque est alors de voir les juges procéder par la règle de conflit lorsque celle-ci désigne la loi du for et affirmer directement l'applicabilité de celle-ci lorsque la règle de conflit désignerait une loi étrangère. Trois arrêts rendus par la Cour de cassation à quelques années d'intervalle paraissent en témoigner : tandis que la Chambre commerciale affirmait l'application de la loi française au contrat liant une société française à un représentant français exerçant en Amérique du Sud, au titre de loi du siège de la société (3), la Chambre sociale a appliqué la loi française au titre de l'ordre public à un représentant travaillant pour une société étrangère, parce que le travail était exécutable en France (4) et au titre de la loi d'autonomie, dans un cas où le travail s'exécutait entièrement en Allemagne (5). Dans le second arrêt, la Cour de cassation a invoqué l'ordre public, mais il ne s'agissait pas de l'ordre public traditionnel du droit international privé, celui qui fait obstacle à l'application de la loi désignée par une règle de conflit ; la loi française a été appliquée immédiatement, c'est-à-dire abstraction faite des éléments d'extranéité du rapport de droit. L'opposition de ces espèces paraît être le signe d'une rupture d'équilibre entre la loi du for et les lois étrangères aux yeux d'un juge donné lorsque la matière est fortement réglementée, rupture d'équilibre qui conduirait à l'application de la loi du for

(1) Paris, 16 mars 1960, *Clunet*, 1960.1060, *Rev. crit.*, 1961.347, note Déprez ; v. également Civ. soc., 11 mai 1962, *Clunet*, 1963.772, obs. B. G.

(2) Sur le contrat de travail en droit international privé, V. DURAND, *Traité de Droit du Travail*, t. 1, n° 163 ; BEIZKE, « Les conflits de lois dans le droit allemand du travail », *Rev. hell. dr. int. pr.*, 1957.276 ; GAMILLSCHEG, « Les principes du droit du travail international », *Rev. crit.*, 1961.265, 477, 671.

(3) Civ. com., 9 nov. 1959, *Rev. crit.*, 1960.566, note Simon-Depitre, *Clunet*, 1960.1064, obs. G. L.-C.

(4) Civ. soc., 9 déc. 1960, *J.C.P.*, 1961.II.12019, note Simon-Depitre. Le contrat contenait pourtant une clause désignant expressément la loi étrangère du siège de l'entreprise.

(5) Civ. soc., 1^{er} juill. 1964, *Rev. crit.*, 1966.47, note Simon-Depitre (relevant que « c'est le désir d'aboutir à la compétence de la loi française en utilisant les moyens les plus divers qui apparaît comme la constante de la jurisprudence de la Chambre sociale »).

dans le plus grand nombre de cas (1). Il convient cependant de relever certaines décisions refusant de faire application de la loi française, ou de conventions collectives françaises, invoquées par des salariés exécutant leur travail à l'étranger (2); en particulier, la Cour de cassation a décidé, en se fondant sur le principe de la loi d'autonomie, qu'un contrat de travail signé par une entreprise française avait valablement pu être soumis par les parties à une loi étrangère (3).

501. c) *Lois relatives aux actes d'exécution* (4). Les dispositions relatives aux actes d'exécution constituent une troisième catégorie de lois dont l'application peut facilement paraître au juge s'imposer nonobstant le rattachement du contrat à une loi étrangère. Parmi ces dispositions, celles relatives à la monnaie de paiement doivent être soulignées, en tant qu'elles retiennent également sur la monnaie de compte (5). Les tribunaux français ont à différentes reprises refusé de laisser produire effet aux dispositions de lois étrangères qui interdisaient la clause-or sans excepter, comme le fait la loi française, les paiements internationaux (6). Qu'il s'agisse là d'une

(1) En ce qui concerne l'opposition des méthodes, une analyse portant sur l'application internationale des conventions collectives paraît confirmer cette observation. Distinguant le cas des salariés que leur entreprise française détache pour une durée variable à l'étranger, de celui des travailleurs exerçant leur activité en France pour le compte d'une entreprise étrangère, un auteur déclare : « Il pourrait sembler en bonne logique que les deux situations sont exactement semblables, et cela est vrai dans une perspective universaliste. Cependant on raisonne dans le premier cas comme s'il s'agissait de délimiter unilatéralement la sphère d'application dans l'espace de la convention professionnelle ou du statut ... ; et dans le deuxième cas seulement comme s'il était opportun d'aménager ... les rapports entre les deux conventions ... » (LYON-CAEN, « La convention collective de travail en droit international privé », *Clunet*, 1964.247).

(2) Civ. soc., 2 mars 1961, *Bull. civ.*, IV, n° 279, p. 224; Civ., 29 mai 1963, *Clunet*, 1964.301, *J.C.P.*, 1964.II.13523, note Simon-Depitre. V. un exemple caractéristique d'action tendant à obtenir l'application d'une loi incompétente : Trib. cantonal d'Amsterdam, 24 août 1955, N.J., 1956 (cité par NEUMAYER, *op. cit.*, p. 593); également, Trib. com. Bayonne, 8 juill. 1921, *Clunet*, 1923.302, infirmé par Pau, 28 févr. 1922, *Clunet*, 1922.406, pourvoi rejeté par Req. 25 mai 1924, *Clunet*, 1925.133. Ces exemples montrent qu'il ne serait pas toujours impossible de faire exécuter une décision rendue en application d'une loi incompétente.

(3) Civ. soc., 5 mars 1969, *Rev. crit.*, 1970.279, note Batiffol; sur la portée méthodologique de cette décision, v. GOTHOT, *op. cit.*, p. 218 et s.

(4) BATIFFOL-LAGARDE, n° 612. Les auteurs rattachent à cette question l'annulation de certains contrats conclus en fraude à une loi étrangère (v. note (58), p. 671), mais prennent soin de distinguer le cas où la loi étrangère est prise en considération comme loi de police de ceux où la loi du contrat est évincée au titre de l'ordre public, car cette éviction ne peut se faire qu'au profit de la loi du for.

(5) V. BATIFFOL-LAGARDE, n° 613; LOUSSOUARN et BREDIN, n° 535.

(6) Paris, 3 avr. 1936, D., 1936.2.78, note L. Mazeaud; Trib. Seine, 23 juill. 1936, S., 1938.2.25, note Mestre; Trib. Seine, 16 nov. 1938 et Paris, 24 avr. 1940, S., 1942.2.29, pourvoi rejeté par Civ., 21 juin 1950, *Rev. crit.*, 1950.609, note Batiffol, D., 1951.749, note Hamel, S., 1951.1.1, note Niboyet, *J.C.P.*, 1950.II.5812, note Levy.

intervention de l'ordre public au titre de loi de police, ou d'exception à l'application de la loi désignée par la règle de conflit (1), on a pu dire de cette jurisprudence qu'« elle contrarie inutilement la loi étrangère normalement compétente » (2). On peut ajouter qu'elle introduit un certain danger de fraude à la loi étrangère, le demandeur saisissant le for pour obtenir une décision par application d'une loi que les parties n'avaient pas envisagée (3).

502. Un trait commun caractérise les trois types de dispositions qu'un juge donné peut avoir tendance à appliquer abusivement, au détriment d'une loi étrangère plus compétente : elles ont trait à la réglementation économique et sociale ou, plus généralement encore, elles reflètent un élément d'organisation étatique (4). Le développement de cette réglementation entraîne donc un danger de fraude aux lois étrangères par *forum shopping* dans l'Etat où elle est en vigueur. C'est peut-être là une raison pour laquelle maints esprits sont hostiles à la notion de loi de police, ou d'application immédiate, et pour laquelle on a prôné le retour à la méthode de la règle de conflit lorsque les tribunaux ont paru mettre en œuvre ces notions (5). On peut cependant faire observer que la méthode de la règle de conflit paraît inadaptée aux problèmes posés par ces dispositions d'un type nouveau. On sait ce qu'il convient de penser de la règle de la loi d'autonomie, qui participe d'un individualisme dépassé. Une recherche intéressante consiste à déterminer pour chaque type de contrat la prestation caractéristique, pour en déduire la loi applicable (6). Mais d'une part certains contrats « traditionnels » paraissent rebelles à une telle systématisation, tel le contrat de travail : le choix du lieu d'exécution du travail est insuffisant à résoudre les problèmes posés par le contrat de travail « international » ; au demeurant, le choix de ce rattachement paraît ramener au territorialisme le plus strict. D'autre part, certains accords complexes, tels que ceux conclus entre entreprises de dimension internationale, n'entrent pas dans le moule du contrat traditionnel. Le problème que posent à un juge donné les lois de réglementation économique et sociale n'est souvent que de rechercher si la loi du for est ou non applicable à la situation considérée ; c'est pourquoi, lorsqu'il répond par l'affirmative ou parle parfois de loi « d'application immédiate ». Ce serait une erreur de voir dans cette circonstance un recul de la technique juridique. En premier lieu, dans un

(1) En faveur de cette interprétation, v. BATIFFOL, note à la *Rev. crit.*, 1950.611.

(2) LOUSSOUARN et BREDIN, n° 535, p. 617.

(3) V. par ex. l'arrêt du *Privy Council* cité par DE NOVA, *op. cit.*, p. 397.

(4) V. FRANCESCAKIS, *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Conflits de lois (principes généraux)* n° 125.

(5) V. BATIFFOL, note à la *Rev. crit.*, 1950.611, SIMON-DEPITRE, note au *J.C.P.*, 1964.II.13523 ; LYON-CAEN, *Clunet*, 1964.259 (« Il faut donc revenir à la saine technique du conflit de lois ») ; LOUSSOUARN et BREDIN, p. 618.

(6) SCHNITZER, « La loi applicable aux contrats », *Rev. crit.*, 1955.459.

grand nombre de cas, le juge ne pourrait pas à proprement parler «appliquer» une autre loi que la loi du for, parce que la mise en œuvre de la loi suppose l'intervention d'un organe administratif; la règle de conflit ne pourrait donc être, en tout état de cause, qu'une règle de conflit unilatérale. En second lieu, la technique consistant à déterminer directement la loi applicable n'interdit pas de prendre en considération la loi étrangère. Les lois de police ne sont pas des lois que le juge applique aveuglément à toutes les situations dont il vient à connaître. La méthode d'application immédiate des lois internes suppose que le juge compare les lois en conflit et leur titre à s'appliquer, eu égard aux rattachements que présente le contrat et aux buts visés par les lois. Ceci le conduira dans certains cas à reconnaître la compétence supérieure d'une loi étrangère et donc à refuser d'appliquer la loi du for (1). Ainsi comprise, cette méthode paraît aussi satisfaisante pour l'esprit que celle consistant à invoquer une règle de conflit générale et abstraite, et elle doit conduire au meilleur résultat. Par conséquent, il semble que c'est par le développement de l'analyse «fonctionnelle» des lois de réglementation économique qu'un juge donné doit s'opposer au risque de fraudes aux lois étrangères que fait naître la multiplication de ces lois.

(1) V. *Lauritzen v. Larsen*, 345 US 571 (1953) (*supra*, n° 18) et *Romero v. International Terminal Operating Co* 358 US 354 (1959). Rappr. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « A propos du contrat international », *Clunet*, 1951.16 : « il importe peu que la loi ... étrangère soit une loi de droit public, loi territoriale, classée par de nombreux auteurs dans la catégorie des lois de police et de sûreté : ceci n'exclut pas un effet extra-territorial dans la mesure où l'intervention d'une autorité publique étrangère n'est pas requise ». Cette observation s'applique bien aux lois de réglementation économique. *Adde* : note L. Mazeaud au D., 1936.2.78, et Bruxelles, 4 févr. 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.1.516 : une loi de police et de sûreté est territoriale « en ce sens que, dans le pays qui l'a édictée, elle s'applique sans exception, mais non qu'elle ne pourrait jamais s'imposer au respect du juge étranger ».

CONCLUSION DU TITRE III

503. La fraude à la loi de droit international en matière d'actes juridiques à but patrimonial est traditionnellement envisagée comme une fraude à la loi du for, que commettraient les parties en soumettant expressément le contrat à une loi étrangère incompétente. L'énoncé de la règle de conflit de la loi d'autonomie peut effectivement encourager une telle fraude. En fait, elle est rare, pour diverses raisons dont la principale est que si un contrat est manifestement interne, les parties ne chercheront en général pas à frauder la loi par désignation d'une loi étrangère, même en introduisant dans l'opération un élément étranger de second ordre. S'agissant d'un contrat véritablement international, elles peuvent en revanche donner une prépondérance insuffisamment justifiée à tel élément en désignant la loi applicable ; dans ce cas, le juge appelé à connaître du contrat écartera éventuellement le choix des parties, mais sans qu'il soit besoin de parler de fraude. D'autre part, la démarche suivie par le juge saisi d'un contrat international consiste nécessairement à s'assurer avant tout qu'une loi impérative du for ne s'applique pas à ce contrat. Devant la multiplication des lois impératives, que l'on qualifie parfois de lois d'application immédiate, le problème de la fraude à la loi se pose sous un jour nouveau. La fraude est concevable par *forum shopping*, au détriment d'une loi étrangère plus compétente, et sans que la loi applicable au contrat ait été désignée dans l'instrument. Quoique la possibilité d'une telle fraude soit limitée par la difficulté d'exécuter une décision rendue en application d'une loi incompétente, elle ne doit cependant pas être négligée. Elle se développe même avec la multiplication des « lois de police », et les efforts de la doctrine devraient porter en cette matière vers l'élaboration d'une méthode d'interprétation de ces lois, en vue de leur application à des situations internationales.

TITRE IV

LE STATUT DES PERSONNES MORALES

504. Selon une analyse traditionnelle, la société participe du contrat et de l'institution (1). La société est un contrat par l'acte qui lui donne naissance ; mais une fois constituée, elle est un être moral, doué de la personnalité juridique. La conséquence de cette dualité est qu'en droit international privé, le régime de la société participe de celui des actes juridiques et de celui des personnes ; c'est ainsi notamment que l'on parle de la « nationalité » d'une société, pour en déterminer le statut. Or l'état des personnes constitue le terrain d'élection de la fraude à la loi de droit international. En particulier, on sait que ni le rattachement du statut personnel à la nationalité, ni son rattachement au domicile, ne peuvent empêcher une fraude à la loi de droit international ; dans la mesure où le statut d'une société est déterminé par sa nationalité ou son domicile, la possibilité de fraude doit donc être envisagée. On peut même observer que cette possibilité est plus grande en matière de personnes morales que de personnes physiques : car si l'individu peut changer de nationalité ou de domicile par un acte de volonté, sa nationalité et son domicile d'origine lui sont conférés hors de toute manifestation de volonté de sa part ; au contraire, la personne morale est créée de toutes pièces, de sorte que les individus qui la constituent peuvent tenter de la rattacher juridiquement à un Etat avec lequel elle n'aura par la suite d'autre lien (2). La société envisagée comme une personne se prête donc bien à une fraude à la loi de droit international. Si on l'envisage cependant comme un contrat, on peut penser que cette qualification restreint les

(1) On n'envisagera dans cette étude que le cas des sociétés, les autres personnes morales ne donnant guère lieu à la fraude.

(2) Rappr. LOUSSOUARN et BREDIN, n° 234. La fraude est également concevable par transfert du siège de la société.

possibilités de fraude : car dans un contrat, l'antagonisme d'intérêts des parties s'oppose normalement à ce qu'une loi impérative, qui favorise un contractant en contrariant l'autre, soit écartée d'un commun accord. Mais précisément, l'antagonisme d'intérêts qui caractérise normalement le contrat n'est que partiel en matière de société ; un tel contrat est largement un contrat d'union d'intérêts. Par conséquent, si la réglementation des sociétés dans un pays donné gêne les futurs associés, ils s'entendront volontiers pour se placer sous l'empire d'une législation plus favorable. D'autre part, il n'est pas rare dans le commerce international qu'une société soit une filiale à part entière d'une autre (*wholly-owned subsidiary*) et n'ait par conséquent qu'un seul associé. Comme les sociétés font dans la plupart des pays l'objet d'une réglementation contraignante, de droit public et de droit privé, la fraude à la loi de droit international est à prévoir en cette matière.

505. Ces observations d'ordre théorique sont confirmées par l'existence en jurisprudence de nombreuses décisions relatives au statut d'une société, faisant état de l'esprit de fraude qui animait les parties lors de sa constitution ou d'une modification de son statut. D'autre part, l'une des fraudes à la loi de droit international les plus répandues, celle des pavillons de complaisance, est réalisée par le biais de sociétés constituées sous l'empire de lois étrangères ; la propriété des navires est transférée à ces sociétés, et ils empruntent le pavillon de l'Etat national de la société (1). Cependant, un certain nombre de questions que l'on pourrait associer à l'étude de la fraude au statut des personnes morales doivent en être distinguées. Ne relèvent de cette étude que les cas où l'*objet* de la fraude est la réglementation des sociétés, et le *moyen* frauduleux le recours à une loi ne correspondant pas à l'allégeance réelle de la société. On doit donc écarter en premier lieu les cas où la société constitue le moyen frauduleux : ainsi lorsque deux étrangers constituent une société de droit local pour exercer une activité réservée aux nationaux (2) ; ou lorsqu'un individu frappé d'une déchéance d'exercer le commerce constitue à l'étranger une société pour masquer ses activités (3). Plus délicate est la question lorsque la réglementation vise les sociétés étrangères. On peut cependant écarter ces hypothèses pour deux raisons. Un grand nombre de ces dispositions ne visent pas les sociétés en tant que telles, mais à travers elles les individus qui en détiennent le capital : il y a donc là un problème de condition des étrangers, qui relève de l'étude du

(1) *Supra*, n° 54.

(2) *Supra*, n° 292 ; dans ce cas, on est en présence d'une fraude de droit interne à la réglementation des étrangers.

(3) Trib. corr. Seine, 25 oct. 1943, *Gaz. Pal.*, 1944.1.8 ; ceci constitue une fraude à la loi de droit international, mais à la réglementation du commerce et non particulièrement à celle des sociétés.

statut des personnes physiques (1). Quant aux dispositions qui visent les sociétés étrangères en tant que sociétés, ce sont généralement des dispositions de droit public, et l'on peut également renvoyer à leur sujet à l'étude du statut de droit public des personnes physiques (2). Ainsi se trouve circonscrit le domaine de la présente étude : l'objet de la fraude est la réglementation des sociétés en tant que telles par une loi donnée et le moyen frauduleux consiste à se réclamer d'une allégeance étrangère pour échapper à cette réglementation. Il est clair que cette allégeance sera le plus souvent discutée devant les tribunaux chargés d'appliquer la loi impérative considérée ; cependant, il est concevable que la question de l'allégeance réelle de la société soit débattue dans un autre ressort : soit celui de la loi sous l'empire de laquelle la société a été constituée, soit dans un ressort tiers. C'est pourquoi après avoir envisagé la fraude à la loi du for (*Chapitre I*), il conviendra d'étudier la fraude à la loi étrangère (*Chapitre II*).

(1) Il s'agit là des cas où l'on fait appel au critère du contrôle pour déterminer la nationalité des sociétés ; v. par ex. la loi du 13 juin 1941 disposant qu'une société qui fait commerce de banque est considérée comme banque étrangère, quant aux conditions d'exercice de ses activités, si elle est sous le contrôle de personnes physiques ou morales étrangères, même si elle est de droit français comme ayant été constituée en France ou si elle y a son siège social. *Adde* : LOUSSOUARN, « La condition des personnes morales en droit international privé », *Recueil des cours*, 1959.I, p. 527 ; LOUSSOUARN et BREDIN, nos 248, 252, 256, 259 ; L. MAZEAUD, « De la nationalité des sociétés », *Clunet*, 1928.30 (« Ce n'est pas une question de nationalité qui a été tranchée à l'aide du contrôle ... le sequestre devait s'appliquer ... aux sociétés ... dont les ennemis tiraient un profit » (p. 61) ; LOUIS-LUCAS, « Remarques relatives à la détermination de la nationalité des sociétés », *J.C.P.*, 1953.I.1104. « Se demander par qui la société est contrôlée, c'est rechercher au profit de quels intérêts nationaux elle travaille ». Au demeurant, il est délicat de parler de fraude à l'encontre de ces dispositions, la constitution des sociétés visées ayant généralement précédé l'adoption des mesures. Sur la question, v. *supra*, n° 293.

(2) *Supra*, Titre I. En ce qui concerne en particulier le droit fiscal, la loi ne permet pas qu'une société échappe à l'imposition française au motif qu'elle serait de « nationalité » ou de « domicile » étrangers, dès lors que son siège social (entendu comme son siège effectif, *infra*, n° 513) est en France (v. *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Impôts*, par J. H. ROTHSTEIN, n° 50 à 53 et, sur le droit conventionnel, n° 118). Qui plus est, les sociétés « étrangères », c'est-à-dire celles dont le siège effectif est à l'étranger, sont soumises à un impôt sur les bénéfices provenant de leurs activités en France (v. ROTHSTEIN, *op. cit.*, n° 292).

CHAPITRE I

LA FRAUDE A LA LOI DU FOR : (LA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE DE LA PERSONNALITÉ MORALE DES SOCIÉTÉS)

506. En matière de société comme en toute autre, la possibilité de fraude à la loi par un moyen international dépend étroitement du mode de réglementation des conflits de lois. Les données du problème ont été exposées dans l'étude de la théorie générale de la fraude (1) ; il convient de les rappeler brièvement en les complétant par celles qui sont propres à la matière des sociétés (*Section I*). Une étude de droit positif permettra ensuite d'illustrer les conclusions dégagées de l'étude théorique (*Section II*).

SECTION I

DONNÉES THÉORIQUES DU PROBLÈME

507. On pourrait concevoir que dans un pays donné les dispositions relatives aux sociétés s'appliquent à toutes les sociétés sans exception. En faisant de la nationalité (ou du domicile) d'une société le critère d'application des lois du for, on ouvre une possibilité de fraude : car on applique les lois du for de façon médiate, par l'intermédiaire d'une règle de conflit, et l'on reconnaît que les lois impératives du for ne s'appliquent pas nécessairement à toutes les sociétés exerçant une activité sur le territoire (A). Encore toutes les règles de conflit ne se prêtent-elles pas également à la fraude. Elles ne s'y prêtent que dans la mesure où l'élément de rattachement prend en considération une déclaration de volonté des individus. Du critère retenu pour déterminer la nationalité des sociétés dépend donc la possibilité de fraude à la loi dans un pays donné (B).

(1) *Supra*, I^{re} Partie, n^{os} 169 et s.

A. — LE RECOURS AU CONCEPT DE NATIONALITÉ ET LA POSSIBILITÉ DE FRAUDE.

508. Il est rare que la question de la loi applicable à une société se pose comme telle, de façon globale ; le plus souvent, la question n'est que de savoir si telle disposition de loi s'applique à une société donnée. Mais la tendance naturelle de l'esprit à la systématisation et la nécessité pratique de connaître *a priori* — et même si cette détermination n'est pas définitive — le statut d'ensemble d'une société, ont conduit à convertir le problème de la seconde formulation à la première ; ou plus précisément, d'un certain nombre de solutions rendues relativement à l'application de telle disposition concernant les sociétés, on infère que si une société présente certains rattachements avec un pays donné, les lois de cet Etat lui sont applicables. C'est ce que l'on exprime en France, et dans d'autres pays, en parlant de la « nationalité » d'une société. D'un certain nombre d'inductions, on a dégagé une règle, et de cette règle, on déduit des solutions nouvelles (1). Le recours au concept de nationalité en matière de personnes morales a cependant fait l'objet de controverses classiques ; tandis que certains auteurs ont défendu le bien-fondé de cette notion (2), d'autres en ont dénoncé le caractère artificiel avec une égale conviction (3). Mais ces discussions relevaient essentiellement de la théorie de la personnalité morale, et à cet égard elles ont perdu de leur vigueur. L'expression de « nationalité » d'une société est couramment employée, sans que pour autant soient ignorées les limites de l'assimilation à la nationalité des personnes physiques, et l'on a pu synthétiser la discussion en disant que l'identité des termes « a l'inconvénient de voiler la distinction, mais l'avantage de rappeler l'analogie » (4). Il convient en revanche de mettre en lumière la portée de l'alternative pour la détermination du statut de la personne morale.

509. En effet, le recours habituel à la notion de nationalité en matière de société a une portée méthodologique considérable. En faisant de la nationalité de la société le critère d'application des lois du for, on interpose un raisonnement dans l'application de la loi à une situation donnée. La loi n'est pas appliquée immédiatement ; son application est subordonnée à la détermination préa-

(1) Certains textes du droit des sociétés emploient d'autre part l'expression de « nationalité » des sociétés ; v. LOUSSOUARN et BREDIN, n° 238.

(2) V. L. MAZEAUD, « De la nationalité des sociétés », *Clunet*, 1928.30.

(3) NIBOYET, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Rev. dr. int. pr.*, 1927.402.

(4) BATIFFOL-LAGARDE, n° 192. Rappr. Paris, 19 mars 1965, *Banque ottomane*, préc., « Cons. ... que la question ... est celle de savoir quel est le droit dont relève quant à sa constitution et quant à son fonctionnement, la société intimée, en un mot, pour user d'un terme commode mais impropre, quelle est sa nationalité ».

lable de la nationalité de la société. Ce faisant, on introduit la méthode de la règle de conflit ; on étend aux personnes morales la méthode déduite de l'article 3, alinéa 3 du Code civil pour les personnes physiques (1). Pourtant, un grand nombre de dispositions applicables aux sociétés — notamment les lois fiscales — sont des dispositions de droit public et la méthode de la règle de conflit n'est pas la méthode normale de solution des conflits de lois en matière de droit public. Il est donc permis de penser qu'un certain nombre de conflits de lois relatifs aux sociétés sont résolus par application immédiate des lois du for (2). Il est vrai que des textes de droit public eux-mêmes peuvent viser les sociétés « françaises » ou « étrangères », et dans ce cas, l'application de la loi du for est subordonnée à la détermination préalable de la nationalité de la société ; mais ce sera pour décider de l'application ou de la non-application de la loi du for, non pour appliquer éventuellement une loi étrangère. La règle de conflit, si règle de conflit il y a, est donc dans ce cas une règle de conflit *unilatérale* (3). De plus, le texte définira lui-même, dans la plupart des cas, ce que l'on doit entendre par une société « française » : la définition, ayant été conçue pour l'application du texte concerné, prendra soin de décrire ces sociétés de façon à ne laisser échapper aucune de celles qu'il entend viser (4). Dans le cas où l'application d'un texte dépend de la nationalité de la société, sans que ce texte désigne précisément le critère de la nationalité, la fraude est concevable. Sa possibilité dépendra du rattachement retenu pour définir la nationalité de la société (5).

B. — DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ DE LA SOCIÉTÉ ET FRAUDE A LA LOI.

510. Deux traits distinguent la détermination de la nationalité des personnes morales de celles des personnes physiques. L'un est que la nationalité des individus est, à l'origine, indépendamment de leur volonté, tandis que la nationalité des personnes morales dépendra nécessairement, mais dans une mesure qui reste à préciser, de la volonté de ses fondateurs. L'autre est que la loi règle dans le

(1) V. LOUSSOUARN et BREDIN, n° 241.

(2) V. par ex. l'art. 209 C.G.I. imposant « les bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France », ce qui coupe court à toute discussion sur la « nationalité » des entreprises à forme sociale.

(3) V. C.E., 22 févr. 1960, *Rev. crit.*, 1960.335 : la nationalité d'une société ne peut être déterminée « qu'au regard des dispositions dont l'application dépend du point de savoir si la société est française ».

(4) Comp. l'application des lois sur l'état des personnes aux « Français », et la combinaison des art. 3, al. 3 et 17 (anc.) C. civ., *supra*, n° 181.

(5) « L'emploi du mot de « nationalité des sociétés » n'a d'intérêt que dans l'optique d'une construction permettant de dégager des règles générales de détermination de cette nationalité » (LOUSSOUARN et BREDIN, n° 240).

plus grand détail les conditions d'attribution de la nationalité aux individus, tandis qu'elle ne dispose pas d'une façon globale pour la nationalité des personnes morales ; c'est donc la jurisprudence qui se prononce sur les critères de détermination. Pour ce faire, deux possibilités sont théoriquement ouvertes, selon que l'on reconnaît une plus ou moins grande liberté à la volonté des fondateurs et l'on peut, comme pour tous les actes juridiques, opposer les systèmes objectivistes aux systèmes subjectivistes. L'opposition doit cependant être nuancée, s'agissant du contrat de constitution de société. D'une part, aucun système ne peut être entièrement objectiviste, en ce qu'il dénierait tout effet à la volonté exprimée des parties ; car cette volonté est toujours exprimée du fait que la société est constituée sous l'empire d'une loi donnée, de laquelle elle tient la personnalité juridique, et il est impossible de ne pas tenir compte d'une volonté ainsi sanctionnée par une loi positive. En ce qui concerne les conceptions subjectivistes, d'autre part, le même facteur tempère les théories les plus « autonomistes ». Il paraît difficile de se prononcer en faveur du choix pur et simple par les fondateurs de la loi applicable à la société ; ce choix ne peut pratiquement recevoir effet que lorsqu'il s'est concrétisé par la constitution (ou « incorporation ») de la société dans un Etat donné, assortie d'une formalité quelconque. Sous réserve de ces précisions, il convient d'envisager successivement la portée à l'égard de la fraude à la loi des critères d'inspiration volontariste et celle des critères d'inspiration objectiviste.

511. 1) *Les critères d'inspiration volontariste.* — L'affirmation du principe de l'autonomie de la volonté en matière d'actes juridiques conduit à penser que les fondateurs d'une société doivent pouvoir désigner la loi applicable à celle-ci. Cette désignation peut se faire selon des modalités diverses : elle peut être directe, par la désignation expresse de la loi applicable ; elle peut être indirecte, par la désignation du siège social dans un Etat donné ou par la constitution et l'immatriculation de la société dans un pays donné (1). Il y a lieu de souligner l'unité profonde entre ces différents systèmes. Dans tous les cas, le choix de la loi est remis à la volonté des intéressés ; il importe peu que ce choix doive ou non s'accompagner d'une formalité, telle que l'immatriculation de la société dans un lieu donné. On reconnaît l'application à la matière des sociétés des thèses subjectivistes défendues par de nombreux auteurs en matière d'actes juridiques (2).

512. C'est pourquoi le reproche fondamental que l'on a pu adresser à ces thèses, à savoir les possibilités de fraude qu'elles ouvrent en faisant d'une déclaration de volonté l'élément de rat-

(1) V. LOUSSOUARN et BREDIN, n° 244 à 247.

(2) *Supra*, n°s 476 et s.

tachement de la règle de conflit, est transposable à la matière des sociétés. Le danger de fraude est d'autant plus grand que l'antagonisme d'intérêts qui caractérise la plupart des contrats est en matière de société largement atténué. Or on ne peut tolérer que les individus décident eux-mêmes s'ils obéiront ou non à la loi. « S'il en était ainsi, il dépendrait ... des fondateurs de soustraire la société aux dispositions ... des lois qui ne sont faites que pour les sociétés françaises. Ces lois pourraient de cette façon devenir lettre morte ; on y échapperait à volonté quand elles sembleraient gênantes » (1). Aussi bien ne peut-on adopter sans réserve un critère volontariste pour déterminer la nationalité de la société. Si l'on adopte un tel critère, il faut immédiatement assortir la règle de conflit de l'exception de fraude, ou il faut priver de tout effet important la reconnaissance de la nationalité étrangère d'une société. L'étude du droit positif confirmera ces conclusions : à une époque où la jurisprudence française énonçait sans précision le critère du « siège social », elle a fréquemment été amenée à recourir à la notion de fraude pour refuser de reconnaître la nationalité étrangère d'une société ; dans un système où l'on adopte le critère de l'« incorporation », tel le système américain, la plupart des dispositions visant les sociétés sont applicables aux sociétés « étrangères » (2).

513. 2) *Les critères objectivistes.* — Un second moyen de déterminer la nationalité d'une société consiste à rechercher quel est l'Etat auquel la rattachent effectivement les liens les plus étroits. Divers critères ont été suggérés, dont aucun n'est entièrement satisfaisant ; on peut notamment hésiter entre le lieu d'exploitation et le centre de décision, lorsque l'un et l'autre sont situés dans des pays différents. Cependant, la jurisprudence française et celle de divers pays se sont prononcées depuis longtemps en faveur du siège social *réel*, c'est-à-dire éventuellement distinct de celui désigné dans les statuts (3). Quelque réalité que recouvre la notion de siège social, il est clair que ce critère a pour effet de s'opposer à la fraude. L'exemple de la société montre bien comment si la *volonté* peut influencer sur l'élément de rattachement retenu par une règle de conflit, la fraude à la loi n'est cependant pas possible lorsque ce n'est pas une *déclaration de volonté* qui est prise en considération (4). Ceci n'interdit cependant pas complètement de prendre en considération une déclaration de volonté (en l'occurrence la fixation par les statuts du siège social dans un pays donné), lorsque la situation est effec-

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, vol. 2 (2), 5^e éd., 1929, n° 1164 *ter* ; dans le même sens, et à peu près dans les mêmes termes, COPPER-ROYER, *Sociétés Anonymes*, vol. 2, 3^e éd., 1925, p. 21 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, *Sociétés*, vol. 3, 6^e éd., 1928, p. 223.

(2) *Infra*, Section II, n°s 515 et s.

(3) V. RABEL, t. 2, p. 33.

(4) Sur cette question, *supra*, n°s 160 et s.

tivement une situation internationale, et l'on peut transposer à la matière des sociétés l'analyse de la localisation du contrat en vue de la détermination de la loi applicable (1). De la volonté des fondateurs, il dépend de fixer le siège social de la société dans un pays donné ; mais en cas de litige, le juge déterminera la localisation de la société sans se considérer comme lié par la volonté des intéressés. Si donc il appartient au premier chef aux fondateurs de la société de faire de celle-ci une société étrangère ou française, leur liberté s'exerce sous le contrôle du juge ; en d'autres termes, les fondateurs localisent la société, le juge en déduit la loi applicable (2). Et si la société exerce effectivement ses activités en plus d'un pays, la désignation du siège social intervient elle-même comme un facteur de localisation. En présence d'une situation internationale, les individus bénéficient d'une liberté supérieure à celle dont ils jouissent en droit interne, parce qu'une loi interne commet toujours un certain abus en s'appliquant à cette situation. On peut donc dire que la désignation du siège social dans les statuts a, comme la désignation de la loi applicable dans un contrat, la valeur d'une présomption : la société a la nationalité du pays où les fondateurs ont fixé le siège social, sauf s'il apparaît que le siège désigné n'est pas le siège réel (3).

514. Le choix du siège social réel en tant qu'élément de rattachement de la société à une loi donnée, a donc pour effet de s'opposer à la fraude à la loi. On peut encore dire que l'exigence d'un siège réel et celle de l'absence de fraude ne font qu'une. Cependant, on distingue parfois, en se fondant sur le langage employé par la jurisprudence, entre l'exigence d'un siège réel et celle d'un siège *sérieux* (4). Il en est ainsi parce que l'on peut supposer que les fondateurs d'une société, désireux de bénéficier d'une législation complaisante, ne se contentent pas de désigner un siège social fictif à l'étranger, mais fassent « un effort supplémentaire » en y constituant un établissement d'une certaine consistance (5). Dans ce cas, pourrait-on dire, le siège statutaire est un siège réel, mais

(1) *Supra*, n° 492 et s.

(2) Certains partisans de la loi d'autonomie reprocheront à cette analyse l'incertitude qu'elle engendre. L'argument doit être définitivement rejeté. D'une part, il ne tient qu'aux fondateurs de se mettre à l'abri de toute surprise en se conformant aux lois de l'Etat où la société a son siège réel. D'autre part, le système de l'« incorporation » n'apporte pas une certitude plus grande, du fait de l'application d'un grand nombre de dispositions locales aux sociétés « étrangères » (*infra*, n° 524 et s.).

(3) La présomption de validité est plus forte que celle qui s'attache à la désignation de la loi applicable à un contrat ordinaire, dans la mesure de la participation des autorités publiques de l'Etat du lieu de constitution ; mais elle est sans commune mesure avec celle qui résulte de l'attribution par un Etat de sa nationalité à un individu. *Supra*, n° 494.

(4) V. LOUSSOUARN et BREDIN, n° 264 et s.

(5) LOUSSOUARN et BREDIN, n° 266. *Adde* : SOLUS, note à la *Rev. crit.*, 1936. 775, LOUSSOUARN, note à la *Rev. crit.*, 1949.82.

ce n'est pas un siège sérieux et il ne doit pas davantage produire effet quant à la loi applicable. La distinction est intelligible, mais elle paraît trop conceptuelle ; on doit y voir un cas particulier de la distinction entre la simulation et la fraude, et à ce titre elle n'est guère praticable. En effet, si l'on accepte comme siège « réel » un siège qui n'est matérialisé que par des éléments simplement formels, tels que l'existence d'un bureau, la tenue d'assemblées ou la réunion occasionnelle d'organes dirigeants, on retombe dans le cas du rattachement par la déclaration de volonté des individus : il n'y a pas de différence essentielle entre une déclaration de volonté pure et simple et celle qui est assortie d'une formalité quelconque (1). En adoptant cette notion de siège réel, on se rallie inconsciemment à un élément de rattachement « volontariste » ; il faut donc assortir la règle de conflit de l'exception de fraude : l'exigence d'un siège « sérieux » n'a pas d'autre objet (2). Au contraire, si l'on entend par siège réel, comme on doit le faire, le lieu où sont effectivement localisés les éléments qui constituent la vie même de la société, l'exigence d'un siège sérieux est impliquée dans celle d'un siège réel ; cette exigence pourvoit à la prévention et à la sanction de la fraude (3). Il n'y a donc pas davantage lieu de distinguer le siège fictif du siège non sérieux qu'il n'y a lieu de distinguer la simulation de la fraude et l'exception de simulation de l'exception de fraude. Les auteurs qui distinguent l'une de l'autre font de la réalité du moyen le critère de la distinction (4). Mais s'agissant du siège social d'une société, un siège « simulé » n'est jamais tout-à-fait inconsistant ; la société disposera au moins d'une boîte aux lettres au lieu du siège désigné, et le plus souvent d'un bureau ; si ce siège se trouve dans un pays proche, les dirigeants pourront en outre y tenir des réunions. Il est alors difficile de dire où cesse le siège fictif et où commence le siège réel mais non sérieux. Le critère est sans doute que le siège sérieux est celui dont le choix se justifie par des raisons d'ordre économique, autres que le souci d'échapper à la loi du lieu où sont concentrées les affaires de la société ; l'exigence d'un siège social réel bien comprise pourvoit à ce contrôle. Pour ces raisons, si la distinction du siège réel et du siège sérieux a une signification intellectuelle, sa mise en œuvre n'est guère praticable (5). Aussi bien, l'étude de la jurisprudence française relative

(1) *Supra*, n° 172. Cette proposition a été illustrée en matière de *mariage* par la règle de conflit qui donne compétence à la loi du lieu de célébration ; en matière de *divorce* par celle qui donne compétence à la loi du for saisi ; en matière d'*actes juridiques*, par celle qui désigne la loi du lieu de conclusion. Dans chaque cas le principe, non assorti de la réserve de la fraude, reviendrait à tenir pour lettre morte toutes les lois impératives du for.

(2) En ce sens, LOUSSOUARN et BREDIN, n° 267.

(3) C'est ainsi qu'en France, l'affirmation progressive par la jurisprudence de la compétence de la loi du siège *réel* est allée de pair avec la disparition des cas de fraude patente ; *infra*, n°s 516 et s.

(4) V. VIDAL, *op. cit.*, p. 183 et s., et notamment p. 188 sur les transferts frauduleux de siège social.

(5) Rapp. VIDAL, *op. cit.*, p. 185.

à la fraude montre que « la distinction du siège social réel et du siège social sérieux n'apparaît pas explicitement dans les formules jurisprudentielles. Elles sont généralement, l'une et l'autre, recouvertes du manteau uniforme du siège social réel » (1).

SECTION II

ILLUSTRATION PAR LE DROIT POSITIF

515. Un moyen certain de s'opposer à la fraude à la loi en matière de société consiste à appliquer la loi du for de façon immédiate, sans procéder par la détermination préalable de la nationalité de la société. Il est permis de penser que, comme en matière de contrat, la démarche suivie par le juge consiste précisément à s'assurer avant toute chose que telle loi impérative du for peut ne pas s'appliquer à la société ; mais de même qu'en matière de contrat, le juge déclare souvent fonder sa décision sur le principe de la loi d'autonomie, il paraît fréquemment déduire la loi applicable à la société de sa « nationalité », elle-même déduite du lieu de constitution. Il va cependant de soi qu'aucun juge ne saurait tolérer que les lois impératives du for soient tournées sous le prétexte que la société est une société de droit étranger (2). Dans un système qui retient le *siège social* comme critère de la nationalité de la société, on peut sanctionner la fraude par l'exception de fraude ; on peut également la sanctionner directement, en précisant que le siège social doit être le siège réel ; on peut enfin mettre à l'écart la méthode de la règle de conflit et appliquer *im-médiatement* la loi impérative du for à une société donnée. Dans un système qui rattache une société à la loi du *lieu de constitution* (système de l'« incorporation »), le moyen de parer à la fraude consiste à appliquer la loi du for aux sociétés « étrangères » chaque fois que l'intérêt local paraît suffisamment engagé. Ces propositions peuvent être illustrées par une étude de la jurisprudence française (A) et une brève évocation du système américain (B).

(1) LOUSSOUARN et BREDIN, n° 268.

(2) V. déjà, à l'époque libérale, C. cass. Turin, 21 déc. 1897, *Clunet*, 1901.854 : « Il serait absurde de prétendre que la loi italienne doit, sans autre condition, reconnaître la personnalité juridique à un corps moral étranger, uniquement parce qu'elle lui a été attribuée par l'Etat étranger sur le territoire duquel il s'est formé... ».

A. — LA SANCTION DE LA FRAUDE DANS UN SYSTÈME DE « SIÈGE SOCIAL ».

516. Dans un système où l'on énonce que la loi applicable à une société est la loi du siège social, on peut envisager quatre groupes de décisions. Dans le premier, la compétence de la loi du siège social étant affirmée sans la précision selon laquelle ce siège doit être le siège réel, la règle posée est assortie de la réserve de la fraude. Le deuxième groupe est constitué par les espèces où une fraude est directement sanctionnée, par l'affirmation de ce que le siège social désigné doit être le siège réel ; mais à l'appui de la décision constatant la fictivité du siège étranger est relevée, sous une dénomination quelconque, l'intention frauduleuse qui a présidé au choix de ce siège. Dans un troisième groupe de décisions, la nationalité étrangère de la société est écartée par la seule affirmation de ce que le siège réel se trouve dans le ressort du for, ou que la loi du for est applicable, sans qu'il soit fait mention d'une intention de fraude, mais dans des circonstances où celle-ci n'est guère douteuse. Enfin, certaines décisions refusent d'appliquer la loi du for à une société dont le siège social est à l'étranger, nonobstant une allégation de fraude, voire en relevant d'office que la fixation du siège social à l'étranger n'était empreinte d'aucune pensée de fraude vis-à-vis de la loi du for.

517. a) L'affirmation de principe de la compétence de la loi du siège social, sans autre précision, mais assortie de la réserve de la fraude, est à peu près inexistante dans la jurisprudence française. Il ne paraît guère y avoir qu'un jugement ancien du Tribunal civil de Lille, que l'on puisse lire de cette manière (1). D'autres décisions ayant constaté l'existence d'une fraude, il est difficile de démêler s'il y a là une application de l'*exception* de fraude, ou si les juges ont directement sanctionné la fraude en constatant la fictivité du siège (2). Il semble cependant que la seconde interprétation soit la meilleure (3) ; aussi ces décisions doivent-elles être rattachées au second groupe (4). Un arrêt plus récent du Tribunal Fédéral suisse énonce la compétence de la loi du siège en assortissant cette affirmation de la réserve de la fraude ; mais la forme négative de la proposition principale indique bien que la réserve est aussi importante que le principe, tant la règle prête à la fraude :

(1) Trib. civ. Lille, 21 mai 1908, D., 1910.2.41, note Percerou, S., 1908.2.177, note Demogue.

(2) V. Req., 22 déc. 1897, S., 1897.1.84, *Clunet*, 1897.364 ; Trib. com. Nancy, 18 févr. 1907, *Clunet*, 1907.765, *Gaz. Pal.*, 1907.1.441 ; Trib. corr. Seine, 27 juill. 1910, *Gaz. Pal.*, 1910.2.152, *Clunet*, 1911.234 ; Angers, 23 juin 1913, *Gaz. Pal.*, 1913.2.113.

(3) *Supra*, n^{os} 195 et s.

(4) *Infra*, n^o 518.

« En droit international privé suisse, le domicile d'une personne morale — lequel est décisif pour fixer sa nationalité — n'est à son siège statutaire que si celui-ci n'est pas un siège fictif... et choisi uniquement pour échapper aux lois du pays où la personne morale exerce en fait son activité (1). Cette déclaration illustre le lien automatique et nécessaire entre l'affirmation de la compétence de la loi du siège social et la réserve de la fraude. C'est sans doute la raison pour laquelle les tribunaux français ont préféré préciser que le siège social statutaire devait être réel (ou sérieux); ceci évite de recourir à l'exception de fraude pour sanctionner celle-ci.

518. b) Un grand nombre de décisions ont ainsi sanctionné une fraude en constatant directement que le siège désigné est un siège sans consistance et en affirmant la compétence de la loi du siège réel. Toutefois, ces décisions constatent que les fondateurs ont placé ce siège fictif à l'étranger « dans le but » d'échapper aux lois d'ordre public sur la constitution et le fonctionnement des sociétés (2). Un motif caractéristique de la Cour de cassation énonce ainsi que « la Cour d'appel a constaté que la société était une société française; ... cette constatation s'appuie sur des faits et des intentions de fraude à la loi française » (3). Il ne faut pas voir là une application de l'exception de fraude; la fraude est ici un élément de fait à l'appui de la constatation selon laquelle le siège statutaire est un siège fictif (4). Cette intention est souvent démontrée parce que l'accord qui régnait entre les associés au moment de la constitution de la société a disparu et que l'un d'eux expose la fraude à laquelle il a participé. C'est devant le nombre de ces fraudes que les tribunaux français ont été amenés à énoncer que la nationalité d'une société est déterminée par le lieu de son siège réel; le critère de rattachement ne laisse plus alors à la volonté déclarée que la valeur d'une présomption.

(1) Trib. féd., 9 mai 1950, A.T.F. du 9 mai 1950, S J., 1951.22. Le tribunal paraît envisager l'hypothèse d'un siège réel et néanmoins frauduleux (« siège fictif... et choisi uniquement... »); sur cette distinction, *supra*, n° 514. Mais la situation particulière de tel ou tel pays peut justifier une certaine casuistique.

(2) Trib. com. Seine, 27 août 1891, *Clunet*, 1891.1241; Trib. civ. Seine, 1^{er} mars 1909, *Clunet*, 1910.577; Trib. com. Seine, 25 mai 1909, *Clunet*, 1910.195; 29 juin 1910, *Gaz. Pal.*, 1910.2.358; Trib. com. Nantes, 29 mars 1913, *Clunet*, 1914.1284; Trib. civ. Seine, 20 janv. 1923, *Clunet*, 1926.121; *adde* : les décisions citées *supra*, note (2), p. 412.

(3) Crim., 21 nov. 1889, *Clunet*, 1889.850; *adde* : Crim., 4 août 1906, *Clunet*, 1907.151.

(4) La question peut se discuter dans certains cas; v. les arrêts cités *supra*, note (2), p. 412. Elle ne fait guère de doute lorsque le mot de « fraude » n'apparaît pas expressément; v. par ex. Trib. com. Seine, 27 août 1891, préc. : « (l')indication du siège statutaire [à Londres] n'avait pour but que de permettre à la société de se fonder [en violation de] la loi du 24 juillet 1867 », ou encore Trib. civ. Seine, 1^{er} mars 1909, préc. : « la désignation [du] siège n'est, en réalité qu'une fiction imaginée dans le but de se soustraire à ... la loi française ».

519. Le choix d'un critère de rattachement objectif, le siège réel, n'est pas le seul moyen de prévenir et sanctionner la fraude sans recourir à l'exception de fraude. Un autre moyen consiste à écarter la règle de conflit pour affirmer directement l'applicabilité de la loi du for. C'est ce qu'ont fait les tribunaux français dans deux séries de cas : pour l'application de traités et pour l'application de la loi pénale. La France a conclu avec la Suisse d'une part, la Belgique d'autre part, des traités relatifs à la compétence des tribunaux judiciaires, qui prennent pour critère l'un la « résidence », l'autre le « domicile » du défendeur (1). Un certain nombre de sociétés en fait françaises ayant été constituées en Suisse et en Belgique dans un but de fraude, celle-ci venait à être découverte au moment où la société tombait en faillite et l'on plaidait la question du tribunal compétent pour connaître de celle-ci. Il n'était pas besoin pour affirmer la compétence des tribunaux français de déclarer la société française. Si certaines décisions le firent, d'autres constatèrent simplement que le domicile réel de la société était en France, ajoutant que le siège statutaire n'avait été fixé à l'étranger que pour éluder les prescriptions de la loi française (2). Cette technique fut également celle suivie par les tribunaux répressifs pour l'application des mesures pénales sanctionnant la violation de certaines dispositions de la loi du 24 juillet 1867. La mise en œuvre de la loi pénale devait normalement passer par la détermination préalable de ce que la société était une société française. Mais les tribunaux ne procédèrent pas toujours par cette étape du raisonnement, affirmant parfois l'applicabilité de la loi pénale française au titre de loi de police et de sûreté (3). Un grand nombre de fraudes ont ainsi été sanctionnées par les tribunaux directement, soit en affirmant que le siège social réel déterminait la nationalité de la société, soit en appliquant directement la loi sans recourir à la notion de nationalité de la société.

520. c) Malgré que la fraude ne soit pas le fondement des décisions qui viennent d'être évoquées, les tribunaux l'ont relevée pour mieux justifier leurs décisions (4). Parfois ils s'en dispensent, dans des espèces où pourtant il est vraisemblable que la désignation

(1) V. le traité franco-suisse du 15 juin 1869, art. 1^{er}, et le traité franco-belge du 8 juill. 1899, art. 8 (ce dernier continue à produire effet dans les matières auxquelles la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 n'est pas applicable, dont la faillite ; v. Droz, *op. cit.*, n° 636).

(2) Paris, 20 juin 1874, D., 1876.5.222 ; Trib. com. Seine, 17 avr. 1903, et Paris, 26 mai 1903 (adoption de motifs), *Clunet*, 1904.135 ; Paris, 27 mars 1907, *Clunet*, 1907.768, *Gaz. Pal.*, 1907.1.496 ; Trib. com. Seine, 23 oct. 1908, et Paris, 23 mars 1909, S., 1909.183 ; Paris, 4 févr. 1935, *Rev. crit.*, 1935.816.

(3) Crim., 8 août 1873, *Clunet*, 1875.22 ; Crim., 21 nov. 1889, *préc.* ; Crim., 4 août 1906, *préc.* ; Trib. corr. Seine, 2 juill. 1912, D., 1913.2.165, *Clunet*, 1913.1273 ; Paris, 11 avr. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913.2.185 ; Trib. corr. Seine, 19 mars 1920, *Journ. soc.*, 1924.132 ; 25 oct. 1943, *préc.*

(4) Dans les espèces criminelles, cependant, la fraude doit être relevée, car elle constitue l'élément intentionnel de l'infraction.

du siège social à l'étranger était inspirée par un but de fraude. Il en est par exemple ainsi lorsqu'une Cour d'appel énonce que le siège social belge n'avait été choisi que pour les besoins de la constitution de la société « et pour répondre aux préoccupations de certains des actionnaires » (1); ou lorsqu'une autre, après avoir constaté que la société avait été constituée à Luxembourg, dans la forme locale, et son siège fixé à Luxembourg, déclare qu'« il est constant que l'activité essentielle de la société s'exerçait dans sa succursale de Lille, qui constituait son principal établissement, et possédait sa comptabilité propre » (2); ou encore lorsqu'une autre énonce que « si [les] statuts indiquent que le siège social était à Casablanca, ce siège était ... purement nominal et fictif » et qu'il n'est « ni démontré ni prétendu qu'elle ait jamais eu une activité quelconque au Maroc » (3). Il est permis de penser que dans ces cas, la désignation du siège social à l'étranger avait pour but de soustraire indûment la société à l'application des lois françaises (4); mais les tribunaux n'estiment pas nécessaire de relever la fraude, alors qu'il suffit de constater que les activités de la société la placent dans le champ d'application des lois françaises.

521. Cependant, il serait inexact de voir la sanction d'une fraude dans toute décision écartant la nationalité étrangère d'une société dont le siège a été fixé à l'étranger. Car si la ruse est interdite, l'habileté est permise et l'on peut avoir méconnu de bonne foi la limite de ses droits. Il n'y a lieu de parler de fraude qu'en présence d'un faux conflit, créé par les individus pour se soustraire à l'application d'une loi manifestement compétente. Si les activités d'une société la rattachent effectivement à plus d'un Etat, ses dirigeants ont pu de bonne foi fixer, ou déplacer, le siège social dans la vue de bénéficier d'une législation favorable, alors même que les tribunaux jugent la consistance de l'établissement étranger insuffisant pour lui attribuer la qualification de siège social et déclarer la loi du for inapplicable. Ces observations s'appliquent à certaines décisions rendues dans des espèces où des sociétés de droit français, dont le centre d'exploitation se trouvait outre-mer, y avaient transféré leur siège social pour échapper au paiement de certains impôts métropolitains (5). Ces transferts ayant été déclarés inefficaces,

(1) Paris, 10 nov. 1922, S., 1922.2.128, *Clunet*, 1923.320.

(2) Douai, 1^{er} déc. 1955, *Rev. crit.*, 1956.490, note Loussouarn.

(3) Paris, 31 oct. 1957, *Rev. crit.*, 1958.345, note Y. L.

(4) V. également pour une société constituée à Panama alors que son siège réel était à New York, Trib. gr. inst. Seine, 30 janv. 1963, *Rev. crit.*, 1964.456, note Loussouarn : « Attendu qu'il ne suffit pas que [la société] ait été créée à Panama, dans un intérêt sans doute fiscal, pour qu'elle puisse réclamer en France « la nationalité panaméenne » et le bénéfice des traités passés entre la France et la République de Panama ».

(5) Trib. civ. Seine, 23 avr. 1932, S., 1933.2.49, note Solus ; Req., 17 juill. 1935, *Rev. crit.*, 1936.767, note E. P. ; Trib. civ. Seine, 22 déc. 1938, *Rev. crit.*, 1939.269 ; Civ., 7 juill. 1947, *Rev. crit.*, 1949.78, note Loussouarn ; Civ. com., 25 avr. 1950, *Rev. crit.*, 1951.291, note Y. L.

il est tentant de voir dans ces décisions autant de sanctions d'une fraude à la loi. Pourtant, la qualification de fraude doit être évitée, dans la mesure où ces sociétés exerçaient une activité substantielle au lieu où le siège social avait été transféré ; au demeurant, il a été soutenu en doctrine que le centre d'exploitation d'une société pouvait en déterminer le siège social. Si dans ces espèces on a été amené à parler de fraude, c'est sans doute parce que le siège n'avait pas été fixé *ab initio* hors de la métropole et que le transfert du siège par une modification des statuts n'avait été suivi d'aucune modification sensible dans la localisation de la direction de la société ; si donc il n'aurait pas été manifestement abusif de fixer d'entrée le siège social de façon à échapper à l'impôt métropolitain, le transfert du siège pouvait paraître suspect. Inversement, certains transferts de siège social ont été jugés efficaces parce qu'accompagnés d'une modification dans la vie « juridique, commerciale, administrative, technique et financière » de la société, nonobstant une allégation de fraude formulée par l'Administration fiscale (1). De la même manière, la désignation dans les statuts d'origine d'un siège social à l'étranger peut être jugée reposer sur des bases objectives suffisantes pour que soit écarté le reproche de fraude et que soit déclarée inapplicable la loi du for (2).

522. d) Ce quatrième groupe de décisions est particulièrement révélateur des limites de l'utilisation de la règle de conflit, c'est-à-dire de la notion de nationalité, en matière de société. Dans ces espèces, un demandeur soutenait que la société constituée à l'étranger devait en fait être soumise au statut français. Pour rejeter cette prétention, les tribunaux ont constaté que le siège réel était à l'étranger. Mais il ne s'agissait en aucun cas de faire application du statut personnel étranger, en recherchant par exemple si la société avait été régulièrement constituée d'après la loi étrangère. Par conséquent, la règle de conflit apparaît comme plus unilatérale que bilatérale : il ne s'agit pour les tribunaux que de se prononcer sur l'application ou la non-application de la loi française. Il en est évidemment ainsi lorsque l'allégation de fraude à la loi française

(1) Trib. civ. Seine, 6 juill. 1935, *Rev. crit.*, 1936.771, note Solus.

(2) Ainsi que l'a énoncé le juge américain L. Hand à propos d'une « réorganisation sociale », « une opération qui est hors du domaine de la loi fiscale ne perd pas son immunité parce qu'elle a été effectuée avec le désir d'éviter (*to avoid*) ou, si l'on préfère, d'échapper à (*to evade*) l'imposition. Chacun a le droit d'organiser ses affaires en vue d'une imposition minimum ; nul n'est tenu d'adopter les mécanismes qui serviront le mieux les intérêts du Trésor... » (*Gregory v. Helvering* 69 F. 2d 809, 810 (1934). V. également *A.P. Green Export Co. v. United States* 284 F. 2d 383 (1960) (Court of Claims) : « La question n'est jamais que de savoir si l'opération est au fond ce qu'elle prétend être en la forme... C'est [bien] l'intention qui est décisive, mais l'intention à prendre en considération est celle qui contredirait l'apparence, non l'intention d'échapper à l'imposition ».

est formée au soutien d'une action pénale (1), ou en paiement d'un impôt (2); la mission du juge se borne dans ces cas à rechercher si la société ne se trouve pas dans le champ d'application du statut de droit public invoqué. Il en est également ainsi lorsqu'est repoussée une action civile en nullité pour défaut d'observation des formalités de constitution (3), ou est rejetée une exception d'incompétence fondée sur le défaut de personnalité morale de la société constituée à l'étranger (4) : le recours à la technique de la règle de conflit et à la notion de nationalité de la société paraît dans ces cas ne remplir qu'une fonction didactique. Au demeurant, la décision ne vaut, en droit, que pour l'application du texte invoqué : l'affirmation selon laquelle la société est une société « étrangère » ne vaudrait que pour l'espèce et rien n'interdirait de considérer la société comme « française » pour l'application d'un autre texte (5). En réalité, il n'y a pas plus de société « nationale » qu'il n'y a de contrat interne : il n'y a que des sociétés impérativement soumises à la loi du for ; il n'y a pas plus de société « étrangère » qu'il n'y a de contrat international ; il n'y a que des sociétés qui peuvent échapper à la réglementation du for (6).

523. Cette analyse de la jurisprudence française permet d'expliquer pourquoi la plupart des décisions qui mentionnent la fraude sont des décisions anciennes. A l'époque où le principe de l'autonomie de la volonté était à son apogée, l'on n'était pas encore fixé sur la nécessité du siège social *réel* ; aussi les individus pouvaient-ils croire qu'il suffisait de fixer le siège social dans un pays étranger pour se soustraire efficacement à l'application de la loi et les fraudes étaient-elles multiples (7). La jurisprudence a réagi en précisant que le siège statutaire devait, pour déterminer la nationalité de la société et, partant, la loi applicable, être le siège *réel*, ou encore, ce qui revient au même, en qualifiant le domicile de la société *lege fori* (8). Dans ces conditions, les fraudes à la réglementation

(1) Trib. corr. Seine, 10 févr. 1881, *Clunet*, 1881.158.

(2) Trib. civ. Seine, 6 juill. 1935, *préc.*

(3) Trib. com. Seine, 3 mai 1899, *Gaz. Pal.*, 1899.2.239, *Clunet*, 1900.802 ; Trib. com. Nice, 24 mai 1907 et Aix, 6 juill. 1908, *Gaz. Pal.*, 1908.2.462, *Clunet*, 1909.198 ; Trib. com. Seine, 11 avr. 1910, *Clunet*, 1910.1209 ; Req., 6 juill. 1914, *Journ. soc.*, 1917.78 ; Trib. com. Seine, 14 avr. 1921, *Gaz. Pal.*, 1921.2.446.

(4) Trib. civ. Clermont, 5 déc. 1900 et Amiens, 9 nov. 1901 (adoption de motifs), *Clunet*, 1903.167 ; Trib. corr. Seine, 2 mars 1905, *Clunet*, 1905.385 et Paris, 2 mars 1906, *Rev. dr. int. pr.*, 1906.764.

(5) *Addé* : la jurisprudence citée par BATIFFOL-LAGARDE, n° 203.

(6) *Supra*, n° 479, *in fine*. Ce relativisme pourra choquer certains esprits. Il ne paraît cependant pas excessif, si l'on veut bien considérer qu'en droit fiscal, par exemple, le mot « France » lui-même n'a pas le même sens selon les dispositions où il figure (v. ROTHSTEIN, *op. cit.*, n° 9).

(7) V. RODRIGUEZ, *Une fraude à la mode. Des entreprises françaises constituées en sociétés anglaises*, 1908.

(8) *Supra*, n°s 195 et s. ; dans le même sens, LOUSSOUARN et BREDIN, n°s 315 et s.

des sociétés par constitution d'une société à l'étranger ont largement disparu ; si certaines sociétés sont encore constituées à l'étranger par des nationaux dans un but de fraude, c'est davantage, semble-t-il, pour masquer la personnalité des associés et dissimuler des revenus à l'Administration fiscale, ou pour effectuer certaines opérations sous l'empire d'une loi fiscale plus tolérante. En ce qui concerne la réglementation impérative des sociétés, lorsqu'entre deux pays avec lesquels une société a un rattachement significatif du fait de ses activités, les associés choisissent de placer le siège dans celui dont la législation est la plus libérale, il n'y a pas à proprement parler fraude à la loi. Il en est ainsi quand bien même l'on viendrait dans l'autre pays à faire application à la société de la loi locale sur tel point. En présence même d'un faux conflit, créé par les associés en constituant la société à l'étranger, il n'est pas nécessaire de parler de fraude pour appliquer la loi du for. Ceci est confirmé par la rédaction de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966, lequel dispose : « Les sociétés dont le siège social est en France sont soumises à la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège social statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est en un autre lieu » (1). La fraude se trouve ainsi prévenue et, le cas échéant, sanctionnée directement, par l'application de la loi du for aux sociétés « pseudo-étrangères » dont le siège social se trouve en fait sur le territoire du for. C'est exactement à la même solution que l'on parvient dans un système posant en principe que la loi applicable aux sociétés est déterminée par le lieu d'incorporation, tel que le système américain.

(1) On peut voir dans cette disposition une application du principe général, en matière de simulation, posé par l'article 1321 du Code civil. Une fois de plus, on constate qu'il n'y a pas lieu de distinguer un régime de la simulation et un régime de la fraude.

C'est à des solutions analogues qu'aboutissent les systèmes belge, luxembourgeois et italien ; v. LOUSSOUARN et BREDIN, n° 417. Dans chaque pays, on applique la loi du for aux sociétés ayant sur le territoire leur établissement principal, même si elles ont été constituées à l'étranger. Ceci n'interdit pas d'appliquer la loi du for également aux sociétés ayant leur siège nominal sur le territoire et leur principal établissement à l'étranger. La loi italienne le prévoit expressément (art. 2509 C. civ.) ; la loi française le permet, puisqu'elle déclare soumises à la loi française les sociétés ayant leur « siège social » en France, sans préciser qu'il s'agit du siège réel. Par conséquent, chaque législation se soucie de prévenir la fraude à la loi du for, mais ne voit aucun inconvénient à « exporter » des sociétés, éventuellement au détriment d'une loi étrangère. Ceci montre que si l'on veut voir dans l'article 3 de la loi de 1966 une règle de conflit, il s'agit d'une règle de conflit unilatérale, et d'autre part que le meilleur moyen pour un Etat de faire respecter la réglementation qu'il édicte est de l'appliquer immédiatement aux sociétés exerçant leur activité sur son territoire, nonobstant leur « nationalité », lieu de constitution ou siège social statutaire.

Sur les possibilités de fraude ouvertes par l'article 58 du Traité de Rome (référence au siège statutaire) et les mesures subséquentes prises pour réduire ces possibilités, v. *supra*, n° 49.

B. — LA SANCTION DE LA FRAUDE DANS UN SYSTÈME D'« INCORPORATION ».

524. Le principe prévaut, dans les pays de *common law*, que la loi applicable à une société est la loi du lieu d'incorporation (1). Aux Etats-Unis, ce principe est affirmé par d'innombrables décisions, et il est formulé par le premier *Restatement* (2). Pour les partisans de l'autonomie de la volonté, il se recommande des mêmes arguments, notamment de la certitude apportée par un principe aussi simple de solution des conflits (3). Il peut en revanche surprendre ceux qui se soucient d'assurer le respect de la loi ; car si la règle est appliquée telle qu'elle est énoncée, il suffira pour échapper aux lois impératives d'un Etat donné d'incorporer la société dans un *sister-state* : une telle situation est difficilement acceptable (4). Aussi bien, un bref examen du droit positif suffit à indiquer que la portée du principe doit être considérablement restreinte (5). En premier lieu, les décisions qui affirment la compétence de la loi étrangère du lieu d'incorporation le font en général dans des espèces où l'application du principe ne consacre pas une violation substantielle de la loi du for (a). En second lieu, d'autres décisions apportent une exception au principe, en appliquant la loi du for à une société « étrangère » (b). Enfin et surtout, il y a lieu de relever l'existence d'un grand nombre de *statutes* réglementant les activités des sociétés dans un Etat donné et expressément applicables aux sociétés étrangères (c).

(1) V. RABEL, t. 2, p. 31.

(2) Art. 152 : « Quel que soit le siège de son exploitation, ou le domicile de ses membres, une association peut détenir la personnalité civile dans un Etat quelconque, pourvu que les associés remplissent les formalités auxquelles la loi interne de cet Etat subordonne l'octroi de la personnalité ». Art. 154 : « Le fait de la création d'une personne civile dans un Etat sera reconnu dans tout autre Etat » (trad. Wigny et Brockelbank). Comp. *Restatement, Second, Conflict of Laws*, § 297 et s.

Au point de vue constitutionnel, la clause de « Privileges and Immunities » de la Constitution impose à chaque Etat de reconnaître aux citoyens d'un *sister-state* les mêmes prérogatives qu'à ses propres citoyens (Art. IV, Sect. II) ; mais la Cour suprême a jugé que cette disposition ne visait pas les personnes morales : *Paul v. Virginia* 8 Wall. 168 (1869). Cependant, les Etats n'ont pas invoqué cette règle pour exclure les sociétés constituées dans un Etat frère ; mais ils les ont fréquemment soumises à la loi locale (*infra*, nos 526 et 527).

(3) Sur la valeur réelle de cet argument, *supra*, note (2), p. 409.

(4) Un auteur, cependant, a paru l'accepter « It is no fraud or evasion of the laws of a state for its citizens, intending to act only in their own state, to form themselves into a corporation under the laws of another state » (BEALE, p. 775, § 167.4).

(5) V. LATTY, « Pseudo-Foreign Corporations », 65 *Yale L.J.* 137 (1955) et, du même auteur, « The Use of Pseudo-Foreign Corporations in the United States », 3 *Business Law Rev.* 137 (1956) (résumé du précédent).

525. a) L'abondance des décisions rendues dans les différents Etats et déclarant la loi du for inapplicable au motif que la société est incorporée dans un *sister-state* peut donner à penser qu'il est loisible d'échapper aux lois impératives par une simple formalité. Or la question est de savoir si le principe est jamais appliqué au détriment d'une loi impérative du for qui paraît compétente eu égard aux rattachements présentés par la société ; un examen approfondi de la jurisprudence permet à un auteur de répondre par la négative (1). Parmi les espèces énonçant le principe, il y a lieu tout d'abord d'écarter celles dans lesquelles on se trouvait en présence de sociétés véritablement « étrangères », car ces espèces sont dénuées de portée pour la question envisagée. Dans d'autres affaires, la loi du for est déclarée inapplicable, au motif que la question litigieuse ressortit aux *internal affairs* de la société, c'est-à-dire qu'elle ne met pas en jeu les intérêts du public (2). Ces décisions peuvent également être écartées pour la présente discussion : elles ne se distinguent pas des décisions françaises ayant déclaré la loi française inapplicable à un litige mettant en cause la validité, le fonctionnement ou les droits d'une société étrangère (3). Si l'on considère enfin les espèces les plus fréquemment citées comme illustrant le principe de la loi du lieu d'incorporation, il apparaît que l'application de la loi du for n'aurait pas conduit à un résultat différent ; les lois en conflit étaient donc en faux conflit et il n'y avait pas lieu de remettre en cause le principe (4). On doit donc conclure que dans un grand nombre d'hypothèses, le principe de la loi du lieu d'incorporation est simplement respecté parce qu'il n'y a pas de raison substantielle d'appliquer la loi du for ; le principe n'est donc pas, dans ces espèces, le véhicule d'une fraude à la loi.

(1) LATTY, *op. cit.*

(2) La notion d'*internal affairs* paraît être le critère de la distinction entre ce qui relève de la loi du lieu d'incorporation et ce qui relève de celle du lieu de ses activités. Mais la frontière n'est pas tracée, et il semble précisément que les tribunaux parlent d'« *internal affairs* » lorsqu'ils estiment la loi du for moins bonne que celle de tel Etat qui s'est fait une spécialité de l'incorporation des sociétés (c'est notamment le cas du Delaware). Ainsi s'opère une sorte d'unification du droit des sociétés, par la fraude « interétatique », de la même manière qu'une certaine unification du droit du divorce s'est opérée par la tolérance des divorces du Nevada.

(3) *Supra*, n° 522.

(4) *V. Demarest v. Flack* 128 NY 205, 28 N.E. 645 (1891), considéré comme un *leading case* en faveur de la loi du lieu d'incorporation (v. LATTY, 65 *Yale L.J.*, p. 145). Une société ayant pour objet l'exploitation d'un parc de jeux à New York a été constituée en Virginie occidentale. Un client blessé agit en responsabilité à New York et une question de loi applicable s'élève. La Cour affirme que si les citoyens de l'Etat estiment plus avantageux d'opérer « sous la forme d'une société étrangère plutôt que de droit local, aucune disposition d'ordre public ne les en empêche ». Mais cette affirmation hardie était sans portée pour l'espèce, puisque l'application de la loi de New York et celle de Virginie occidentale conduisaient au même résultat, comme la Cour l'a elle-même indiqué.

526. b) En revanche, un certain nombre de décisions font application de la loi locale à une société pourtant incorporée dans un *sister-state*, ou refusent de reconnaître l'existence de cette société. Deux différences séparent ce type de décisions des décisions françaises correspondantes, mais ces différences sont de pure forme : d'une part, les arrêts américains ne se prononcent pas en termes de « nationalité » (qui serait ici le domicile) de la société ; d'autre part, ils relèvent plus rarement une intention de fraude à la loi, qui, si elle peut conforter la décision, ne lui est nullement indispensable (1). A ces différences près, on relève aussi bien dans la jurisprudence américaine des exemples de sanction d'une violation « internationale » de la loi. C'est ainsi que des sociétés constituées dans un Etat donné, et ayant pour objet exclusif le commerce dans un Etat-frère, ont été déclarées dépourvues d'existence dans celui-ci (2). Comme l'a affirmé un arrêt avec réalisme, « un Etat ne peut pas engendrer des sociétés et les expédier dans d'autres Etats pour y être nourries et y faire des affaires » (3). D'autres arrêts se réfèrent, pour appliquer la loi locale, au *situs* de la société, concept qui évoque le « siège réel » des droits continentaux et qui permet, comme celui-ci, de sanctionner la fraude (4). D'autres arrêts, enfin, déclarent que l'application de la loi du lieu d'incorporation contreviendrait à une politique législative locale fortement affirmée, ou encore que la loi locale est d'*ordre public* (5). Ces décisions témoignent de ce que les tribunaux savent, comme dans un système de siège social, faire respecter la loi locale lorsqu'ils l'estiment nécessaire (6).

(1) *Supra*, n° 518. Les tribunaux américains usent cependant d'un vocabulaire étendu pour désigner, dans les espèces *internes*, les sociétés « fictives » derrière lesquelles s'abritent des personnes physiques. Un auteur relève seize expressions désignant ces sociétés et il ajoute : « La règle de conflit donnant compétence à la loi du lieu d'incorporation n'est pas plus sacrée que la théorie de la personnalité morale de la société » (LATTY, *op. cit.*, p. 172, note 158).

(2) V. RABEL, t. 2, p. 46 et les références.

(3) *Land Grant R. & T. Co. v. Coffey County* 6 Kan. 149, 153 (1870), cité par RABEL, *op. et loc. cit.*

(4) V. les arrêts cités par LATTY, *op. cit.*, notes (63) à (68). L'un de ces arrêts fait application de la loi de New York à une société incorporée au New Jersey, sans même relever ce facteur.

(5) V. les arrêts cités par LATTY, *op. cit.*, p. 153 ; *adde* : *Western Airlines Inc. v. Sobieski* 191 Cal. App. 2d 399, 12 Cal. Rptr 719 (2d Distr. 1961). Parfois, au lieu d'étendre le domaine d'application de la loi du for, on « attire » la société étrangère ; v. *Toklan Royalty Corp. v. Tiffany* 193 Okla. 120, 141 P. 2d 571 (1943) : la société a été constituée au Delaware, dont la loi restreint le droit des actionnaires d'inspecter les livres. Il est jugé en Oklahoma, où la loi est plus libérale, que la société « n'est pas à proprement parler, une société étrangère pour ce qui concerne la question de ... l'inspection des livres ... par les actionnaires » (cité par LATTY, *op. cit.*, p. 152 ; v. les autres réf.). Comp. *Restatement, Second, Conflict of Laws*, § 304.

(6) V. en Angleterre l'arrêt de la Chambre des Lords *De Beers Consolidated Mines, Ltd v. Howe* [1906] A.C. 455, soumettant à l'impôt sur le revenu anglais une société incorporée en Afrique du Sud. La décision rejette le critère de l'incorporation invoqué par la société, malgré « [ses] mérites de simplicité et de certitude », parce que ce serait permettre à une société d'« avoir son principal centre

527. c) Mais dans un grand nombre de cas, les tribunaux n'ont pas à interpréter extensivement la loi locale pour la déclarer applicable à une société étrangère, parce que le législateur a expressément légiféré pour ces sociétés. L'existence dans un certain nombre d'Etats d'une législation applicable aux sociétés étrangères réduit considérablement la portée du principe de la loi du lieu d'incorporation (1). Lorsque ces dispositions ne visent pas expressément les sociétés étrangères, elles sont déclarées applicables à toutes celles exerçant une activité (*doing business*) à l'intérieur de l'Etat. La plupart des litiges qui en France portent sur la question de savoir quelle est la nationalité de la société, sont formulés aux Etats-Unis en termes de *doing business*, et ces litiges sont extrêmement nombreux (2). Leur abondance témoigne de ce que les Etats ne sont nullement disposés à laisser les sociétés sans contrôle, sous le prétexte qu'elles seraient incorporées dans un Etat-frère.

528. *Conclusion du Chapitre premier.* En matière de société, il y a fraude à la loi du for lorsqu'une société constituée sous l'empire d'une loi étrangère plus complaisante exerce ses activités principales dans le ressort du for, en se réclamant de la reconnaissance internationale de la personnalité conférée par la loi étrangère. Aucun système ne peut tolérer que la fraude se pratique aussi facilement. Dans un système de siège social, tel que le système français, on pare à la fraude en appliquant aux sociétés la loi de leur siège effectif ou siège *réel* ; ceci permet également, le cas échéant,

de direction et le centre de ses affaires en Angleterre sous la protection des lois anglaises, et néanmoins d'échapper à l'imposition y afférente (*appropriate*) par le simple expédient d'une immatriculation à l'étranger... ». L'arrêt se livre ensuite à une analyse des rattachements que présente la société avec l'Angleterre, aux motifs que « pour l'application de l'impôt sur le revenu, une société est résidente [du pays] où est le centre effectif de ses affaires (*where its real business is carried on*) », et ce d'une manière qui constituerait une bonne illustration de la notion française de siège social.

(1) L'expression de société « étrangère » vise les sociétés constituées dans un *sister-state* aussi bien que celles constituées dans un Etat étranger ; v. par ex. la *New York Business Corporation Law*, Sect. 102 (7).

L'exemple de New York, l'Etat le plus concerné par les activités des sociétés étrangères, suffit à illustrer le type de *statute* évoqué. La *New York Stock Corporation Law* dispose en son paragraphe 114 : « [Les] dirigeants, administrateurs, et actionnaires d'une société par actions étrangère opérant dans cet Etat... seront responsables selon les dispositions de ce Chapitre, de la même manière et dans la même mesure que les dirigeants, administrateurs et actionnaires d'une société domestique, en cas de : 1. dividendes non autorisés ; 2. prêts interdits à des actionnaires ; 3. faux bulletins, rapports, ou notices publiques ; 4. transfert de titres ou de biens de la société lorsque la société est insolvable ou sa solvabilité menacée. Cette responsabilité sera sanctionnée par les tribunaux de cet Etat, de la même manière [que pour les] sociétés domestiques ».

En Angleterre, v. le *Companies Act* de 1929 (art. 343 et s.) imposant en particulier aux sociétés étrangères de dresser un bilan annuel dans les mêmes conditions que les sociétés anglaises. V. DECUGIS, « Le statut international des sociétés en droit anglais », *Trav. com. fr.*, 1934, p. 73.

(2) V. CHEATHAM, GOODRICH, GRISWOLD, REESE, *op. cit.*, p. 973 et s.,

de sanctionner une fraude sans faire mention de celle-ci. Dans un système d'« incorporation », tel que le système américain, le principe paraît ouvrir la porte à toutes les fraudes. Une brève étude suffit cependant à indiquer que tout en affirmant le principe, la pratique en élimine les effets pernicioeux : tandis que les tribunaux appliquent éventuellement la loi du for, déclarée d'ordre public, aux sociétés « étrangères », le législateur lui-même soumet fréquemment les activités de ces sociétés à la réglementation impérative applicable aux sociétés de droit local. Les tribunaux ont donc les moyens de faire respecter la loi locale contre les violations internationales. Ils le font généralement sans mentionner la fraude, ce qui est la tendance contemporaine des tribunaux français. Il apparaît donc que dans un système d'incorporation et dans un système de siège social, on parvient, à partir de principes différents, mais par des moyens similaires, à prévenir et sanctionner la fraude à la loi du for.

CHAPITRE II

LA FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE

529. La question de la fraude à la loi s'élève en cas de dissociation entre le siège réel d'une société et le lieu de constitution. C'est un problème de fraude à la loi étrangère lorsque le siège réel se trouve dans un pays étranger ; et dans ce cas, il faut distinguer selon que la société a été constituée sous l'empire de la loi du for ou sous l'empire d'une loi tierce. Ces deux hypothèses doivent être étudiées séparément. Les allégations de fraude à la loi étrangère sont rares en cette matière comme en toute autre, car c'est normalement dans le ressort de la loi évincée qu'est invoquée une fraude à la loi. Il ne s'agit cependant pas d'hypothèses d'école et l'existence de quelques décisions permet d'illustrer les conclusions dégagées en élaborant la théorie de la fraude à la loi de droit international.

SECTION I

SOCIÉTÉ CONSTITUÉE SOUS L'EMPIRE DE LA LOI DU FOR

530. En acceptant que se constituent sur son territoire des sociétés qui n'y auront aucune activité significative, un Etat se prête à la fraude aux lois étrangères (1). Cependant, il y a lieu d'observer en premier lieu que la participation active de l'Etat dans la constitution d'une société commerciale est en général restreinte : elle se borne le plus souvent à l'enregistrement administratif de l'acte de société ; en France, celui-ci prend la forme de l'inscription au Registre du commerce, qui, depuis la loi du 24 juillet 1966, confère à la société la personnalité morale (art. 5) (2). En second lieu, il est

(1) *Supra*, n° 48.

(2) En toute hypothèse, la portée de l'immatriculation d'une société dans un Registre est sans commune mesure, au point de vue de la reconnaissance internationale des droits acquis, avec l'attribution de la nationalité à un individu.

difficile pour l'autorité publique de s'assurer au moment de la constitution d'une société que celle-ci n'est pas constituée sous l'empire de la loi locale en fraude à une loi étrangère ; à supposer que l'autorité publique manifeste un tel souci, les fondateurs ne manqueront pas d'affirmer que la société doit exercer une activité substantielle sur le territoire. Au demeurant, une telle préoccupation ne pourrait naître que dans un Etat où l'on prend en considération le siège réel pour déterminer la loi applicable à la société ; dans un système d'« incorporation », la notion de fraude à la loi étrangère par incorporation d'une société sous l'empire de la loi du for n'a guère de sens (1). Ces raisons expliquent que la question de la fraude à la loi étrangère par création d'une société sous l'empire de la loi du for ne soit à peu près nulle part envisagée, au moins à ce stade (2). En France, la loi ne fixe aucune condition tenant à l'effectivité du siège social sur le territoire pour l'immatriculation des sociétés. Celle-ci doit être effectuée dans le ressort du siège, mais on ne se soucie pas à ce stade de vérifier s'il s'agit d'un siège réel ou fictif. L'article 11-5° du décret n° 67-237 du 23 mars 1967 relatif au Registre du commerce indique parmi les mentions obligatoires « l'adresse du siège social, celle du principal établissement et, le cas échéant, celle de chacun des autres établissements exploités en territoire français et hors de ce territoire » (3). Il ne s'agit manifestement que d'une mesure de publicité, et non de faire apparaître éventuellement que la société devrait être constituée sous l'empire d'une loi étrangère, en vertu du principe du siège réel (4).

(1) Il semble que le système de l'incorporation a été conçu en Angleterre pour permettre à des sociétés dont l'activité s'exerçait outre-mer de bénéficier des lois et de la protection diplomatique anglaise. V. BATIFFOL-LAGARDE, n° 193 et rapp. *supra*, n° 171.

(2) La constitution d'une société sous l'empire de sa loi, en fraude à une loi étrangère, ne gêne guère l'Etat et lui procure des ressources fiscales. C'est ainsi que certains Etats de dimension réduite servent de refuge aux capitaux étrangers fuyant la fiscalité des pays où ces capitaux sont investis, par le biais de sociétés ne disposant que d'une boîte aux lettres sur le territoire de l'Etat qui les accueille (v. *Time Magazine*, 16 mars 1970, p. 63). Cette pratique a été mentionnée par la Cour internationale de Justice à l'occasion de l'affaire de la *Barcelona Traction* (op. ind. JESSUP, *C.I.J.*, *Rec.*, 1970, p. 183).

(3) Il résulte de ce texte que le siège social peut être fixé ailleurs qu'au lieu du principal établissement ; mais il est douteux que l'on ait envisagé le cas où celui-ci serait à l'étranger. Comp. les dispositions de l'article 58 du Traité de Rome.

La loi de 1966 a rejeté le contrôle préalable, recommandé par une directive du Conseil de la C.E.E. Ce contrôle, qui aurait eu pour objet la régularité de la société au regard des dispositions du droit des sociétés, aurait pu être étendu à la constatation d'une activité effective en France.

(4) En Suisse, la question des sociétés de droit national, mais qui sont en fait des sociétés étrangères, a été envisagée par la doctrine et la prolifération de ces sociétés a inquiété les autorités administratives ; v. PERRIN, *La reconnaissance des sociétés étrangères et ses effets* (1969), p. 133 et s.

531. Cependant, une fois la société constituée, la question de sa validité pourrait être débattue devant les tribunaux, au motif qu'elle n'aurait été constituée sous l'empire du droit local que pour se soustraire à une loi étrangère plus compétente. En fait, la question ne sera vraisemblablement pas posée de cette manière : on discutera l'applicabilité de la loi du for à telle société de droit national, au motif qu'elle serait en fait une société « étrangère ». Dans ce cas, la décision constatant que la loi du for ne doit pas s'appliquer à la société pourra reposer sur l'*exception* de fraude, parce que le temps écoulé depuis la constitution de la société aura apporté la preuve de ce qu'elle n'exerce aucune activité significative sur le territoire (1). Encore le recours à l'exception de fraude n'est-il à envisager que si la règle de conflit du for donne compétence à la loi du siège statutaire ; si elle désigne la loi du siège réel, il suffira de constater, le cas échéant, que le siège statutaire est un siège fictif, sauf à relever éventuellement l'intention frauduleuse des fondateurs à l'appui de cette constatation. La loi française de 1966, en disposant que « (les) sociétés dont le siège social est en France sont soumises à la loi française », n'a pas pris parti. En ajoutant toutefois que « (les) tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire mais [que] celui-ci ne leur est pas opposable si son siège réel est situé en un autre lieu », le texte permet de sanctionner une fraude à la loi étrangère par constitution d'une société en France.

532. Dans les recueils de jurisprudence français, quelques décisions illustrent l'hypothèse d'une allégation de fraude à la loi étrangère par constitution d'une société sous l'empire de la loi du for. Elles émanent de tribunaux étrangers, et la fraude alléguée était une fraude à la loi française. Diverses sociétés ayant été constituées en Suisse et en Belgique, alors que le centre principal de leurs activités se trouvait en France, et étant par la suite tombées en faillite, la question soulevée était celle du juge compétent pour connaître de celle-ci. Dans l'affaire du *Crédit Foncier suisse*, société anonyme constituée à Genève, mais que ses activités rattachaient manifestement plus étroitement à la France, deux actions avaient été intentées simultanément, l'une à Paris, l'autre à Genève, et les deux juridictions saisies s'étaient reconnues compétentes (2). Sur la question de la fraude à la loi, la Cour d'appel de Genève affirma qu'« il [importait] peu de rechercher si les fondateurs, en fixant le siège social à Genève, [avaient] eu en vue de se soustraire à la loi fiscale et commerciale de la France » (3). Cette décision fut réformée

(1) *Supra*, n° 187.

(2) En France, Paris, 20 juin 1874, préc. («...il résulte manifestement de tous les documents du procès que la société..., en stipulant dans les statuts que le siège social serait à Genève, n'avait pour objet que d'éviter les entraves apportées par la législation française à sa création»); en Suisse, Trib. com. Genève, 19 mars 1874, *Clunet*, 1874.95 ; C. d'app. canton de Genève, 25 mai 1874, *Clunet*, 1874.151.

(3) C. d'app. Genève, 25 mai 1874, préc.

par le Conseil fédéral, aux motifs qu'il importait « de rechercher dans lequel des deux pays les intérêts les plus importants sont engagés ; ... que le Crédit foncier suisse, bien que fondé à Genève ... n'avait de suisse que le nom ; que le motif vrai de sa création paraît avoir été d'éviter les lois françaises sur les sociétés anonymes, et de pouvoir opérer en France en se soustrayant à l'empire des lois françaises » (1). Les tribunaux belges se sont parfois déclarés incompétents dans des circonstances semblables (2), mais ont également refusé de considérer comme françaises des sociétés dont la faillite avait été prononcée en France (3).

533. Comme on l'a déjà souligné, la question de la fraude à la loi se pose normalement dans le ressort de la loi évincée ; si les tribunaux estiment alors qu'il y a eu fraude, ils appliqueront la loi du for à la société, allant parfois jusqu'à en ordonner la liquidation comme société de fait (4). Il est intéressant de se demander ce qui se passerait en pareil cas si les associés prétendaient être spoliés et si l'Etat national de la société exerçait une action diplomatique. La décision d'une juridiction internationale serait d'une grande contribution pour la théorie de la fraude. Des circonstances voisines ont été soumises à la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (5). Dans cette affaire, l'application de la loi espagnole ne se fondait pas sur une quelconque fraude à la loi espagnole et il n'était pas contesté que cette loi fût compétente ; mais les actionnaires estimaient avoir été spoliés par l'application qui en avait été faite. Les gouvernements canadien et belge ayant exercé une action diplomatique aux fins d'indemnisation, le gouvernement espagnol transigea avec le premier, dans la mesure, semble-t-il, des intérêts canadiens. Il aurait été intéressant que le droit d'agir du Canada fût contesté devant la Cour internationale de Justice, faute de rattachement suffisant entre la société et cet Etat. La Cour a dans son arrêt évoqué cette question, mais l'a abandonnée après un examen que l'on peut estimer sommaire (6). Le consensus entre les pays de siège social et les pays d'incorporation

(1) Conseil fédéral de Berne, 20 janv. 1875, D., 1875.2.169.

(2) Bruxelles, 26 févr. 1923, D., 1923.2.54 ; v. également Paris, 10 nov. 1922, S., 1922.1.128, mentionnant que le Tribunal civil d'Anvers s'était déclaré incompétent pour connaître de l'affaire.

(3) Trib. com. Bruxelles, 2 mars 1901, *Clunet*, 1902.883 (et la note critique d'un commentateur belge, pour qui cette décision constituait « une véritable prime à ... la contrebande des statuts sociaux ») ; Bruxelles, 24 févr. 1926, *Clunet*, 1930.754. La seconde décision paraît cependant moins inspirée par le refus de sanctionner la fraude à une loi étrangère, que parce que le conflit était un vrai conflit, la société ayant en Belgique un siège effectif.

(4) Malgré le langage employé par les juridictions françaises, il n'appartient pas à une souveraineté donnée d'annuler une société constituée sous l'empire d'une loi étrangère ; on ne peut qu'ordonner la liquidation de ses intérêts sur le territoire, selon les principes de la société de fait.

(5) *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 3 ; *supra*, n° 50.

(6) *Supra*, n°s 51 et s.

paraît à l'heure actuelle trop faible, et les intérêts engagés trop importants, pour que le principe du siège réel soit reconnu comme un principe du droit international. En attendant, il appartient aux Etats qui désirent promouvoir une répartition satisfaisante des compétences internationales, de ne pas endosser les réclamations de sociétés qui n'auraient été constituées sous l'empire de leur loi que pour échapper à la loi d'un pays étranger. La pratique internationale paraît déjà en ce sens (1).

SECTION II

SOCIÉTÉ CONSTITUÉE SOUS L'EMPIRE D'UNE LOI TIERCE

534. En matière de société, on parlera de fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce lorsqu'il sera allégué devant un for donné qu'une société constituée dans un pays A, est en fait rattachée par toutes ses activités significatives à un pays B, et qu'elle n'a été constituée sous l'empire de la loi du premier que pour échapper à celle du second. L'hypothèse ne paraît pas s'être présentée devant les tribunaux français. Cependant, l'étude générale de la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce a montré qu'une allégation de fraude est sans influence sur la solution d'un tel problème. Celui-ci s'analyse en toute hypothèse comme un conflit objectif entre deux lois étrangères ; l'allégation selon laquelle l'une n'aurait été mise en œuvre que pour faire fraude à l'autre n'est qu'un argument pouvant confirmer qu'elle s'est appliquée abusivement (2). C'est ainsi qu'en matière de société la question ne doit être pour le for saisi que de rechercher si les activités de la société la rattachent plus étroitement à un pays qu'à un autre ; une allégation de fraude ne sera qu'un argument à l'appui de la thèse selon laquelle le siège désigné est un siège fictif (3). Cette constatation est confirmée par une disposition du projet de Convention établi à La Haye en 1956 sur la reconnaissance de la personnalité juridique des personnes

(1) *Supra*, n° 53.

(2) *Supra*, nos 248 et s. (notamment nos 252 et s.).

(3) On peut même observer que le conflit est encore plus objectif en matière de société que dans celles où il a été précédemment envisagé. En effet, en matière de mariage ou de divorce, la notion d'ordre public intervient fréquemment pour modifier la solution à laquelle conduirait une comparaison objective des titres respectifs de l'une et l'autre lois à régir la situation. S'agissant de la réglementation des sociétés, il est difficile de dire qu'une disposition législative est idéalement meilleure qu'une autre ; seul le défaut total de réglementation, c'est-à-dire de protection du public, serait incontestablement contraire à l'ordre public. V. repoussant l'idée d'un ordre public international en matière de société, Paris, 19 mars 1965, *Banque ottomane*, *Clunet*, 1966, 118, note Goldman ; *Rev. crit.*, 1967, 85, note P. Lagarde.

morales. Ce texte dispose en son article 2, alinéa 2 qu'une société constituée dans un Etat contractant « pourra ne pas être reconnue dans un autre Etat contractant prenant en considération le siège réel, si ce siège y est considéré comme se trouvant dans un Etat donné dont la loi le prend également en considération ». On s'accorde à voir dans ce texte la prise en considération d'une fraude à la loi étrangère, ici accomplie par le recours à une loi tierce (1). Or le texte ne parle pas de fraude, ce qui montre une fois de plus qu'il n'est pas besoin de nommer celle-ci pour la sanctionner. Par conséquent, le problème envisagé n'est pas fondamentalement distinct de celui que poserait à un for donné une dissociation entre le siège statutaire et le siège réel d'une société, tous deux situés à l'étranger, sans allégation de fraude. Or ce problème s'est trouvé posé à la Cour de Paris à propos de la Banque Ottomane, dont le siège statutaire, situé à Istanbul, ne correspondait pas à son siège réel, situé à Londres. Deux actionnaires contestaient la validité, au regard de la loi française et de la loi turque, de certaines décisions prises par les assemblées d'actionnaires. Leur demande fut rejetée successivement en première instance et en appel (2), dans un arrêt dont on a souligné la « grande ampleur doctrinale » (3). Les principes qu'il exprime sont applicables en présence d'une allégation de fraude à la loi étrangère et cette affaire permet d'illustrer la difficulté, précédemment soulignée, de raisonner par la méthode de la règle de conflit lorsque le litige met en jeu trois systèmes juridiques. En premier lieu, cette méthode conduit à affirmer d'entrée le défaut d'intérêt de l'ordre juridique du for dans le cas où le rattachement choisi ne conduit pas à la *lex fori*, alors qu'un rattachement secondaire par rapport à celui retenu par la règle de conflit peut néanmoins justifier un tel intérêt (a). L'affirmation initiale soulève en second lieu un problème théorique apparemment insoluble, qui est de savoir selon quels principes désigner la loi compétente (b). La méthode de la règle de conflit oblige encore à coordonner des systèmes de droit international privé qui tous ne la connaissent pas au même degré ou ne la pratiquent pas de la même manière (c). C'est pourquoi il est permis de trouver certains avantages à celle qui consiste à se prononcer de façon immédiate pour l'application de l'une des lois en conflit (d).

535. a) Si l'on pose en principe que pour résoudre un conflit donné relatif à une société, il faut préalablement en déterminer la nationalité, on est amené lorsque le rattachement choisi ne confère pas à la société la nationalité du for, à nier l'intérêt que peut avoir la loi du for — *lato sensu* — à s'appliquer à l'espèce. C'est ainsi

(1) V. LOUSSOUARN et BREDIN, n° 291.

(2) Paris, 19 mars 1965, *Clunet*, 1966.118, note Goldman ; *Rev. crit.*, 1967.85, note P. Lagarde.

(3) GOLDMAN, note préc.

que dans l'arrêt étudié, la Cour de Paris a commencé par affirmer que la société n'était pas française — sans que l'on démêle bien si le rattachement considéré était le siège réel ou la volonté des parties (1) — et donc a paru éliminer la compétence de l'ordre juridique français, qu'elle a eu par la suite quelque difficulté à réintroduire. Pour expliquer que l'ordre juridique du for n'était pas compétent la Cour a énoncé que la situation s'était établie à l'étranger et y avait épuisé ses effets. Or il paraît curieux d'affirmer qu'une situation a épuisé ses effets, alors que le for est saisi de sa validité, et donc que le demandeur a intérêt immédiat à en faire déclarer l'irrégularité (2). Pour justifier une telle affirmation, on est donc contraint de faire appel à une casuistique délicate, afin de distinguer « entre une situation créée à l'étranger et qui a encore quelques effets à produire dans le territoire du for et une situation qui a déjà épuisé ses effets à l'étranger » (3). L'entreprise paraît difficile. La difficulté est au fond analogue à celle que l'on rencontre pour distinguer une situation interne d'une situation internationale ; mais tandis que celle-ci posait un problème de limitation dans l'espace, celle-là pose un problème de limitation dans le temps et la question ne paraît pas davantage pouvoir être résolue par une formule satisfaisante dans un cas que dans l'autre (4). Cependant, de même que l'on comprend ce qu'est une situation internationale par rapport à une situation interne, l'on comprend ce que signifie l'affirmation selon laquelle une situation donnée a épuisé ses effets à l'étranger alors que le for vient à en connaître. Mais la question est alors de déterminer la portée de cette constatation, lorsque le for est sollicité de se prononcer sur la validité de la situation considérée. Il semble qu'il devrait dans ce cas se déclarer incompétent et conseiller au demandeur de se pourvoir devant un tribunal étranger ; la doctrine du *forum non conveniens* remplit cet office devant les juridictions de *common law* (5). Cependant, la Cour de Paris, après avoir souligné l'« absence de compétence juridictionnelle du for », a estimé que « par suite d'une prorogation volontaire de juridiction acceptée par le défendeur, le juge du for reste saisi et a l'obligation de statuer

(1) En effet, l'arrêt n'énonce pas seulement la règle du siège réel, il déclare également : « Considérant que la société est un contrat, quelle que soit la forme qui lui a été donnée ; que quiconque y adhère se trouve de son plein gré soumis pour toutes les difficultés auxquelles peut donner lieu l'exécution du pacte social, à la compétence de la loi du lieu où la société a statutairement établi son siège social » (*Rev. crit.*, 1967.94).

(2) Rappr. GOLDMAN, note préc., p. 135.

(3) P. LAGARDE, note préc., p. 104. L'auteur entreprend effectivement une telle recherche, en rapprochant la question posée de celle des « questions préalables » (p. 104, 105).

(4) *Supra*, n° 112.

(5) *Supra*, n° 72. Le cas particulier des « affaires intérieures » d'une société étrangère est envisagée par le *Restatement, Second, Conflict of Laws*, § 84 (p. 252) comme une hypothèse de *forum non conveniens*. La notion de « fonctionnement interne » des sociétés étrangères a précisément été invoquée par la Cour de Paris pour écarter l'application de la loi française invoquée par les demandeurs.

sur une contestation qui eût dû normalement échapper à sa compétence». Une telle complaisance à l'égard des parties peut surprendre. On ne se trouve pas en effet dans une matière supplétive, ni d'après la loi du for, ni d'après l'une au moins des lois étrangères en cause, dont on alléguait la violation. Il est vrai que la décision pouvait s'exécuter dans le ressort du for saisi, en raison de la présence d'actionnaires de la Banque et d'avoirs importants de celle-ci. Mais ceci démontre du même coup que l'ordre juridique local n'était pas complètement désintéressé ; des mesures d'exécution intéressent en toute hypothèse l'ordre public. Il ne paraît donc pas recommandable, dans une telle hypothèse, de déclarer que l'ordre juridique du for n'est pas compétent. Cette affirmation procède de ce que l'on détermine la loi applicable à une société de manière globale, en recherchant sa « nationalité », et que l'on rejette en bloc la loi du for si la société n'en a pas la nationalité. Si l'on avait envisagé le problème comme celui de l'application d'une loi donnée (en l'occurrence d'une disposition de la loi du 24 juillet 1867), on se serait demandé plus simplement si l'ordre juridique français était intéressé à l'égard de cette question. Dans la négative on aurait directement rejeté la demande ; dans l'affirmative, on n'aurait pas écarté d'entrée la compétence du droit français, ce qui soulevait une autre difficulté.

536. *b)* Si l'on affirme, comme le fit la Cour de Paris, que « le droit international privé de chaque pays n'a le pouvoir de se prononcer que sur les situations juridiques qui ont affecté sa sphère d'intérêts », la question se pose de savoir selon quelles règles le juge va désigner la loi compétente (1). Un commentateur fait observer que « la question est dépourvue de sens », parce qu'il suffit que la situation considérée soit reconnue par l'ordre juridique selon lequel elle s'est effectivement constituée (2). On pourrait objecter que cette attitude remet tout le droit à la volonté des individus, compte-tenu du fait que l'on peut trouver en n'importe quel domaine une législation complaisante. Aussi le principe est-il assorti d'une réserve, tenant à la fraude à la loi : « le juge du for ... peut toujours accueillir la contestation du demandeur s'il constate que la situation litigieuse, même valable là où elle s'est constituée, n'a été constituée que par fraude et que cette fraude n'a pas été ultérieurement réparée » (3). Mais cette réserve suppose qu'une fraude éventuelle soit invoquée devant le juge ou que celui-ci ait le pouvoir de la relever d'office. Or si le juge se réserve ainsi la possibilité de sanctionner une fraude à la loi étrangère, cela implique d'une part que l'on se trouve dans une matière impérative, et d'autre part que l'ordre public du for souffrirait de ce que la situation irrégulièrement acquise y produise ses effets. Ces deux implications sont

(1) GOLDMAN, note préc., p. 134.

(2) P. LAGARDE, note préc., p. 106, 107.

(3) P. LAGARDE, note préc., p. 107, 108.

difficilement compatibles avec les prémisses du raisonnement, à savoir respectivement la possibilité d'une prorogation volontaire de compétence juridictionnelle et le défaut de compétence de l'ordre juridique du for. Par conséquent, il paraît préférable de reconnaître d'entrée cette compétence, dès lors que le for accepte de connaître du litige, ce qui permet de raisonner selon la règle de conflit du for pour rechercher la loi compétente ; ou du moins, ce qui permet de déterminer la loi applicable d'après les conceptions du droit international privé du for. S'en tenant à la méthode « bilatéraliste », la Cour de Paris s'est tout de même référée à la règle de conflit française, mais apparemment de manière arbitraire, et « à titre subsidiaire ». Or la mise en œuvre d'une règle de conflit elle-même est une nouvelle source de difficultés, lorsqu'elle doit être combinée avec celle de deux systèmes étrangers (ou qu'on leur attribue).

537. c) Selon l'hypothèse envisagée, la société a son siège statutaire dans un pays A, et son siège réel dans un pays B ; la règle de conflit du for désigne la loi du siège réel. Des difficultés peuvent alors s'élever si la loi de B paraît renvoyer à une loi tierce, pratiquement celle de A ; tel était le cas dans l'affaire de la *Banque Ottomane*, où la loi anglaise renvoyait à la loi turque. Dans ce cas, la Cour a admis que ce renvoi au second degré s'imposait ; effectivement, on peut faire valoir que son acceptation satisfait les deux lois par hypothèse plus compétentes. Cependant, l'existence d'un renvoi d'une loi étrangère à l'autre peut prêter à contestation, notamment lorsque sera alléguée une fraude à la loi. C'est ainsi qu'aux Etats-Unis, bien que la règle de principe désigne la loi du lieu d'incorporation, cette règle n'exprime que très partiellement la réalité des choses ; il serait donc difficile d'affirmer, en présence d'une allégation de fraude à telle loi américaine, que celle-ci renvoie sans restriction à la loi du lieu d'incorporation (1). D'autre part, l'admission de principe du renvoi au second degré n'épuise pas toute difficulté ; il se peut en effet que la loi de A n'accepte pas non plus sa compétence et renvoie à la loi de B. C'est l'hypothèse du « cabinet de miroirs » ; le problème posé par cette situation ne paraît pas pouvoir être résolu autrement qu'en se prononçant en faveur du rattachement effectif, ce qui est une démarche essentiellement unilatéraliste.

538. d) L'examen des difficultés qui précèdent ne prétend pas conduire au rejet de la méthode de la règle de conflit. Celle-ci apporte une certaine prévisibilité des solutions et une relative simplicité d'exposition, dans des hypothèses moins complexes que celles mettant en jeu trois systèmes de droit international privé (2). On

(1) V. *supra*, n°s 524 et s.

(2) On retrouve ici le débat sur l'application aux sociétés du concept de nationalité ; v. LOUSSOUARN et BREDIN, n°s 237 et s. Un argument supplémentaire peut être dirigé contre cette application. La décision dans laquelle un tribunal énonce que telle société est une société française n'a qu'une autorité relative ; il ne saurait être question d'appliquer aux sociétés l'article 136 du

ne doit pas cependant négliger la méthode consistant à se prononcer pour l'application d'une loi donnée sans recourir par l'étape intermédiaire d'une règle de conflit, mais non sans avoir comparé les titres respectifs des différentes lois en conflit à régir la situation. Dans cette analyse, il faudra notamment veiller à apprécier l'intérêt à s'appliquer des lois étrangères dans le même esprit qu'est apprécié celui de la loi du for. On peut remarquer que dans certaines décisions où se posait un conflit entre différentes nationalités possibles pour une société, les juridictions françaises n'ont pas posé le problème en ces termes et se sont contentées de rechercher si la loi française *de fond* devait recevoir application (1). Cependant, devant la réglementation croissante des sociétés, les tribunaux auront plus facilement tendance à déclarer une société soumise à la loi du for, qu'à déclarer celle-ci incompétente. Ceci soulève, comme en matière de contrat, un risque de fraude nouveau, par application abusive de la loi du for à une situation qui ne lui est pas rattachée par un lien prépondérant, et ce à la demande d'un créancier ou d'un associé mal intentionné (2). L'affaire de la *Banque Ottomane* constitue la meilleure illustration de ce danger, cependant écarté en l'espèce (3).

Code de la nationalité (non plus qu'aucune autre disposition de ce Code; v. Rennes, 23 sept. 1958, *Rev. crit.*, 1959.79, note Loussouarn; *Clunet*, 1959.796, note Goldman; *J.C.P.*, 1959.II.10985, note Aymond). Par conséquent, une telle décision ne préjuge pas une décision à rendre sur l'application d'une autre disposition de la loi du for à la même société.

(1) V. par ex. Alger, 27 juill. 1915, *Clunet*, 1915.903; Trib. gr. inst. Seine, 30 janv. 1963, *Rev. crit.*, 1964.456, note Y. L. : une société enregistrée au Panama invoque (à tort) le bénéfice du traité d'établissement franco-panaméen; le tribunal écarte la nationalité panaméenne, en relevant que le siège réel de la société est à New York, sans rechercher (ce qui n'aurait pas manqué de créer quelques difficultés) si la loi de New York ne renvoyait pas à la loi de Panama. V. surtout, Trib. civ. Alger, 13 juill. 1951, *J.C.P.*, 1952.II.7196, note Freyria; *Rev. crit.*, 1952.282, note Chrétien; Trib. confl., 23 nov. 1959, *Rev. crit.*, 1960.180, note Loussouarn; *Clunet*, 1961.442, note Goldman; C.E., 22 févr. 1960, *Rev. crit.*, 1960.335, énonçant que la nationalité des sociétés ne peut être déterminée « qu'au regard des dispositions dont l'application dépend du point de savoir si la société est française »; il est vrai qu'il s'agit là de l'application d'un texte de droit public. Comp. cependant Paris, 26 mars 1966, *Clunet*, 1968.841, note Goldman; *Rev. crit.*, 1968.58, note Loussouarn, espèce dans laquelle l'application de l'article 40 de la loi de 1867 pouvait aisément se justifier sans passer par l'affirmation de la nationalité de la société.

(2) *Supra*, n° 497.

(3) L'attitude des demandeurs dans cette affaire a été relevée par la Cour d'appel : « Cons. qu'...il convient...de souligner les caractères très particuliers de l'action exercée par les appelants qui, si on les confronte avec leur comportement, permet de douter qu'elle soit fondée sur un intérêt légitime; qu'elle ne se présente pas en effet comme l'action qu'exercent de petits porteurs d'une société de capitaux pour obtenir la protection de la loi...; qu'en l'espèce les demandeurs sont des hommes d'affaires particulièrement rompus aux opérations financières... [qui] se livrent de façon habituelle à de très importantes spéculations...; que l'action qu'ils exercent apparaît ainsi comme une agression préméditée contre une société où ils ont, à des fins qu'ils se gardent de révéler, voulu s'introduire en acquérant postérieurement... à certaines des tractations dont ils voulaient contester la régularité, des actions en nombre sans cesse croissant » (*Rev. crit.*, 1967.87, 88).

CONCLUSIONS

539. Le conflit entre la volonté individuelle et l'autorité de la loi, qui est au cœur du phénomène juridique, soulève les plus grandes difficultés lorsque la volonté ne heurte pas directement la loi mais qu'elle emprunte les voies d'une institution juridique, suscitant ainsi un conflit de normes. La solution de ce conflit en faveur de la règle évincée peut revêtir deux formes. La première se traduit par la constatation objective de l'applicabilité de cette règle et l'affirmation de son caractère impératif ou d'ordre public. L'autre consiste à relever la mauvaise foi du sujet dans la mise en œuvre de la règle qu'il invoque, eu égard à un consensus minimum nécessaire à la vie en société : elle se traduira notamment par le recours à la notion de fraude (1). Comme il est cependant difficile de convaincre de mauvaise foi une personne qui se recommande formellement du droit, force est de passer de la notion subjective de fraude à une notion objective : ceci consiste à montrer que l'exercice par le sujet de la liberté qu'il invoque se traduirait par la méconnaissance des objectifs poursuivis par la loi, donc que celle-ci serait *fraudée* (2). A la limite, on peut être amené à parler de fraude dans des cas où le sujet se réclame de l'application d'une norme donnée sans être particulièrement conscient de ce qu'une norme également applicable et incompatible avec la première doit prévaloir sur celle-ci : c'est l'hypothèse d'une « fraude à la loi sans fraude », évoquée par un auteur objectiviste (3). C'est pourquoi les théories de la fraude qui ne retiennent de celle-ci que la conception subjective paraissent insuffisantes : la plus achevée se limite à l'analyse d'un procédé de sanction, l'exception de fraude, alors qu'il est toujours possible de sanctionner une *fraus* sans invoquer cette notion.

540. Le droit international fournissait le meilleur terrain pour l'élaboration d'une théorie de la fraude à la loi. En effet, en droit interne, il est exceptionnel que deux règles incompatibles puissent être l'une et l'autre vraisemblablement applicables. Dans le milieu

(1) Celle-ci ne paraît pas devoir être fondamentalement distinguée d'une autre notion invoquée dans des circonstances analogues, celle d'abus de droit. La seule différence pourrait être que la fraude à la loi qualifie un exercice médiat des prérogatives reconnues au sujet, l'abus de droit un exercice immédiat.

(2) Corrélativement, la règle invoquée serait détournée de sa finalité.

(3) LIGEROPOULO, *op. cit.*, p. 60.

international, en revanche, l'autorité des lois impératives internes est contestée par une variété d'institutions ayant le même objet mais connaissant une réglementation différente, et ayant vocation à s'appliquer par le jeu du commerce international. Ces institutions fournissent aux individus le moyen juridique d'une fraude : le sujet va exercer sa liberté non par une simple déclaration de volonté, mais en se plaçant délibérément sous l'empire de l'une d'elles. Plus précisément, il va créer un conflit de lois pour faire intervenir la norme étrangère ; se réclamant alors du respect international des droits acquis, il va provoquer au moins l'hésitation de l'autorité chargée de faire respecter la loi évincée à appliquer celle-ci. Dans l'hypothèse d'un refus de reconnaissance (sanction de la fraude), les deux procédés évoqués plus haut sont à la disposition de l'autorité saisie ; ils correspondent aux deux procédés fondamentaux de solution des conflits de lois. L'un consiste à affirmer directement (« immédiatement ») l'applicabilité de la règle évincée ; l'autre à relever l'*animus* du sujet dans la mise en œuvre de la règle invoquée, pour écarter un raisonnement dont on reconnaîtrait autrement la validité (exception de fraude, liée à l'application bilatérale d'une règle de conflit dont l'élément de rattachement incorpore une manifestation de volonté) (1). D'autre part, si l'on admet qu'entre deux normes en conflit l'une doit s'imposer parce que son éviction consacrerait une fraude, compte-tenu des rattachements de la situation, on doit admettre du même coup que le maintien de l'autre consacrerait un abus. Le conflit avec une norme étrangère étant nécessairement matérialisé par l'intervention d'une autorité publique appliquant celle-ci, on a été amené à qualifier d'« abus de souveraineté » une telle intervention en l'absence de rattachement suffisant. Par là se manifeste l'unité profonde du droit international, ou droit des relations internationales, à travers ses deux branches traditionnelles (2). S'il est vrai que l'une a avant tout pour objet de résoudre des conflits d'intérêts privés et l'autre de promouvoir un droit universel, elles ont un domaine commun qui tient à la répartition des compétences entre les Etats pour réaliser ces fins.

541. Que l'autorité de la loi soit affirmée au détriment de la liberté individuelle par une démarche objective ou au nom de considérations subjectives, la décision passe par une analyse téléologique de la règle dont l'autorité est affirmée : si la liberté individuelle, qui est de principe, est contrariée, c'est parce qu'elle prétend s'exercer à l'encontre des buts poursuivis par la loi. Mais il arrive qu'à l'inverse,

(1) L'exception de fraude peut également être liée à la reconnaissance de principe de tout droit acquis à l'étranger, comme l'ont montré notamment les développements consacrés au droit américain, où la théorie des droits acquis a connu une certaine positivité. Mais cette théorie n'apporte rien à la solution des conflits de lois ; elle supprime tout conflit en réduisant à néant l'autorité des lois internes ... sauf à réserver la fraude, ce qui réintroduit le problème.

(2) Sur ce point, v. *Rép. Dall. dr. int.*, V^e *Droit international*, par Ph. FRANCESCAKIS et A. C. KISS.

la volonté du sujet contrarie formellement la loi sans la méconnaître au fond : car d'une part, la loi se situe souvent à un niveau d'abstraction tel que son application littérale apparaîtra dans certains cas inappropriée ; d'autre part, sitôt inscrite en droit positif, elle est contestée par l'évolution des conditions sociales (1). Ceci explique certains cas d'éviction de la loi non sanctionnés (tels qu'en droit interne celui des donations simulées ou en droit international privé celui des divorces par consentement mutuel rendus entre Français à l'étranger), que les théories subjectives laissent nécessairement hors de leur domaine, parce que dans la conception uniquement subjective de la fraude, cette qualification appelle en principe la sanction. Cette constatation fondamentale a conduit à montrer que les techniques mêmes mises au service de l'autorité de la loi le sont parfois contre celle-ci. Ainsi se révèle le caractère de « superstructure » des figures juridiques. Pour organiser le réel, le droit appréhende celui-ci selon des classifications et des concepts ; par le raisonnement juridique, le juriste masque d'une certaine façon son action sur le réel. Une déviation consiste de sa part à ne plus connaître que les concepts, élevés au rang de puissance mystérieuse, et à perdre de vue la réalité qu'ils doivent servir (2). Or si le maniement des concepts est indispensable au fonctionnement et au progrès du droit, il ne constitue pas une fin en soi et les concepts doivent être régulièrement interpellés. Par là se manifeste, à travers les avatars de la superstructure, une recherche du juste qui est au-dessus d'un simple matérialisme.

(1) Inversement, telle règle ou telle institution dont on s'explique mal à quel besoin elles répondaient lorsqu'elles furent introduites peuvent s'« animer » dans un contexte historique différent.

(2) En droit international privé, certains développements de la règle de conflit, et notamment la figure du renvoi, paraissent illustrer cet excès.

BIBLIOGRAPHIE

A. — OUVRAGES GÉNÉRAUX*

- ANTON (A. E.). — *Private International Law*, Edimbourg, 1967.
- ARMINJON (P.). — *Précis de droit international privé*, t. 1, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1947.
- BARTIN (E.). — « Les dispositions d'ordre public (La théorie de la fraude à la loi et l'idée de communauté internationale) », in *Etudes de droit international privé*, Paris, 1899, p. 189.
- *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, Paris, 1935, 3 vol.
- CARBONNIER (J.). — *Droit civil*, t. 4, Paris, P.U.F., 7^e éd., 1972.
- CAVARÉ (L.). — *Le droit international public positif*, t. 1, Paris, Pédone, 1967.
- CAVERS (D.). — *The Choice of Law Process*, Ann Arbor, 1965.
- CHEATHAM (E.), GOODRICH (H.), GRISWOLD (N.), REESE (W.). — *Cases and Materials on Conflict of Laws*, Brooklyn, 4^e éd., 1957.
- COLLIARD (C. A.). — *Institutions internationales*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1970.
- COMITÉ FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. — *La codification du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.
- COOK (W. W.). — *The Legal and Logical Bases of the Conflict of Laws*, 1942.
- COPPER-ROYER. — *Sociétés anonymes*, vol. 2, 3^e éd., 1928.
- CURRIE (B.). — *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, N.C., 1963.
- DAVID (R.). — *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1973.
- DURAND (P.). — *Traité de droit du travail*, t. 1, Paris, Dalloz.
- EHRENZWEIG (A.). — *Private International Law*, Leyden, 1967.
- FALCONBRIDGE (J. D.). — *Essays on the Conflict of Laws*, Toronto, 2^e éd., 1954.
- FEDOZZI (P.). — *Il Diritto Internazionale Privato. Teorie Generali e Diritto Civile*, Padoue, 1935.
- GLASSON (E.), TISSIER (A.) et MOREL (R.). — *Procédure civile*, t. II, Paris, Sirey.
- GOLDMAN (B.). — *Droit commercial européen*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1971.
- GOODRICH (H. F.). — *Handbook of the Conflict of Laws*, Saint Paul, 3^e éd., 1949.
- V. CHEATHAM.
- GRAVESON (R. H.). — *The Conflict of Laws*, Londres, 8^e éd., 1969.
- GRISWOLD (N.). — V. CHEATHAM.
- HAMEL (J.) et LAGARDE (G.). — *Traité de droit commercial*, t. 1, Paris, Dalloz, 1954.
- HOUPIN (C.) et BOSVIEUX (H.). — *Sociétés*, vol. 3, 6^e éd., 1928.
- LAGARDE (G.). — V. HAMEL et LAGARDE.

(*) V. en tête du volume les ouvrages cités du seul nom des auteurs.

- LAINÉ (A.). — *Introduction au droit international privé*, 2 vol., Paris, 1888.
- LAURENT (F.). — *Le droit civil international*, t. 7, 1881.
- LEFLAR (R.). — *The Law of Conflict of Laws* (Student's Edition), 1959.
- LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.). — *Traité de droit commercial*, vol. 2, 5^e éd., 1929.
- MAZEAUD (H., L. et J.). — *Leçons de droit civil*, t. I, 5^e éd., 1972, par M. DE JUGLART, t. IV, vol. 2, 2^e éd., 1971, par M. DE JUGLART, Ed. Montchrestien.
- MORRIS (J. H. C.). — *Cases on Private International Law*, Oxford, 3^e éd., 1960.
- NADELMANN (K.). — *Selected Essays on the Conflict of Laws*, La Haye, 1972.
- NEUHAUSS (P. H.). — *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, Berlin-Tübingen, 1962.
- NIEDERER (W.). — *Einführung in die allgemeinen Lehren des Internationalen Privatrechts*, Zurich, 1961.
- NUSSBAUM (A.). — *Principles of Private International Law*, 1943.
- PILLET (A.). — *Principes de droit international privé*, Paris, 1903.
- RAAPE (L.). — *Internationales Privatrecht*, Berlin-Francfort, 5^e éd., 1961.
- REESE (W.). — V. CHEATHAM.
- RENAULT (L.). — V. LYON-CAEN (Ch.).
- RIGAUX (F.). — *Droit international privé*, Bruxelles, 1968.
- ROUSSEAU (Ch.). — *Droit international public*, Précis Dalloz, 6^e éd., 1971.
- SAVATIER (R.). — *Cours de droit international privé*, Paris, 2^e éd., 1953.
- SAVIGNY (C.). — *Traité de droit romain* (Traduction Guénoux), t. VIII, Paris, 1851.
- SCHMITTHOFF (C. M.). — *The English Conflict of Laws*, Londres, 3^e éd., 1954.
- SURVILLE (F.). — *Cour élémentaire de droit international privé*, Paris, 7^e éd., 1925.
- VALLADAO (H.). — *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1968.
- VERPLAETSE (J.). — *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1954.
- VOUIN (R.). — *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 1953 (3^e éd., t. 1, 1971).
- WEISS (A.). — *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. 4, 2^e éd., Paris, 1912.
- WOLFF (M.). — *Private International Law*, Oxford, 2^e éd., 1950.

B. — ARTICLES, MONOGRAPHIES, THÈSES

- ALEXANDRE (D.). — *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, Paris, L.G.D.J., 1967.
- ARMINJON (P.). — « La fraude à la loi en droit international privé », *Clunet*, 1920.409, 1921.63 et 419.
- AUBERT (J. F.). — « Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisses », *Rev. crit.*, 1962.19.
— *Rép. Dall. dr. int.*, V^o *Etat*.
- AUDINET (E.). — « De la distinction du national et du ressortissant à l'occasion du séquestre et de la liquidation du domaine de Chambord », *Clunet*, 1923.785.
- AYMOND (P.). — *Rép. Dall. dr. int.*, V^o *Extradition*.
- BASTID (S.). — « L'affaire *Nottebohm* devant la Cour internationale de Justice », *Rev. crit.*, 1956.607.
— « La nationalité des sociétés et la protection diplomatique », *Trav. com. fr.*, 1966-1969, p. 247 et s.
- BATES. — « The Divorce of Americans in France », 2 *Law and Contemporary Problems* 322 (1935).

- BATIFFOL (H.). — « La capacité de contracter », *Trav. com. fr.*, 1934, p. 21.
 — *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, Sirey, 1938.
 — « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », *Festschrift Hans Lewald*, Bâle, 1953, p. 219.
 — *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.
 — « Le rôle de la volonté en droit international privé », *Archives de philosophie du droit*, 1957, p. 71.
 — Compte-rendu de l'ouvrage de VIDAL, « Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit français », *Rev. crit.*, 1959.400.
 — *Cours de droit international privé*, Paris, Les cours du droit, 1960-61.
 — « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats » *Mél. Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, t. 1, 1960, p. 39.
 — *L'effet des jugements étrangers*, *Cours I.H.E.I.*, 1965-66.
 — *La loi personnelle*, *Cours I.H.E.I.*, 1966-67.
 — « La Onzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé », *Rev. crit.*, 1969.215.
 — Préface au « Droit du commerce international » de LOUSSOUARN et BREDIN, Sirey, 1969.
 — *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Contrats et Conventions*.
- BATIFFOL (H.) et FRANCESCAKIS (Ph.). — « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *Rev. crit.*, 1959.259.
- BAUER (H.). — *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, vol. V, 1965.
- BEALE (J. H.). — « What Law Governs the Validity of a Contract ? » 23 *Harv. L. Rev.* 1, 79, 194, 260 (1909-10).
- BEALE, LAUGHLIN, GUTHRIE, SANDOMIRE. — « Marriage and the Domicile », 44 *Harv. L. Rev.* 501 (1931).
- BELLET (P.). — « La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers », *Trav. com. fr.*, 1962-64, p. 251.
- BELLET (P.) et GOLDMAN (B.). — « La Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps », *Clunet*, 1969.843.
- BINDSCHEDLER-ROBERT (D.). — « La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires », *Revue de la société des juristes bernois*, 1954, fasc. 5/4.
- BICKEL (A.). — *The Unpublished Opinions of Mr. Justice Brandeis*, 1957.
- BISCHOFF (J. M.). — *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Mariage*.
- BEIZKE (G.). — « Les conflits de lois dans le droit allemand du travail », *Rev. hell. dr. int. pr.*, 1957.276.
- BOULBÈS (R.). — *Droit français de la nationalité*, Paris, Sirey, 1956.
 — « La question de la double allégeance. Evolution à cet égard du droit français de la nationalité », *Trav. com. fr.*, 1955-57, p. 67.
- BREDIN (J.-D.). — « Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt *Munzer* », *Trav. com. fr.*, 1964-66, p. 19.
 — V. LOUSSOUARN et BREDIN.
- BROCKELBANK (W. J.). — V. WIGNY et BROCKELBANK.
- CALEB (M.). — *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Paris, Sirey, 1927.
- CARABIER (Ch.). — *Les juridictions internationales de droit privé*, Neuchâtel, 1947.
- CARBONNIER (J.). — « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle (Etudes offertes à Georges Ripert)*, Paris, L.G.D.J., 1960.
- CASTEL (J. G.). — « La fraude à la loi en droit international privé québécois », *Revue du Barreau de la Province de Québec*, 1964.3.

- CAVERS (D.). — « A Critique of the Choice-of-Law Problem », 47 *Harv. L. Rev.* 173 (1933).
- CHRÉTIEN (M.). — « Existe-t-il un droit international fiscal commun ? » *Rev. crit.*, 1953.215 et s., 491 et s., 677 et s. et 1954. 39 et s., 487 et s., 719 et s.
- CHESHIRE (G. C.). — *International Contracts*, Glasgow, 1948.
- CHESNÉ (G.). — « Le divorce par consentement mutuel », D., 1963, Chron. 95.
- CORNU (G.). — « Centenaire », D., 1959, Chron. 215.
- COHN (E. J.). — « The objective practice on the proper law of contract », *Int. and Comp. L. Q.*, 1957, p. 373.
- CURRIE (D.). — « Suit-case Divorces », 34 *U. of Chi. Law Rev.* 26 (1966).
- DAVID (C.). — *La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, vol. III, 1965.
- DAVIES (D. J. L.). — « Règles générales des conflits de lois », *Recueil des cours*, 1937, IV, p. 423.
- DEBY-GÉRARD (F.). — *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, vol. XVI, 1973.
- DERRUPPÉ (J.). — « Plaidoyer pour le renvoi », *Trav. com. fr.*, 1964-66, p. 181.
- DESBOIS (H.). — *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, thèse, Paris, 1927.
- DECOCQ (A.). — V. LEVASSEUR et DECOCQ.
- DECUGIS (H.). — « Le statut international des sociétés en droit anglais », *Trav. com. fr.*, 1934, p. 67.
- DEVÈZE. — *La règle « Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements »*, thèse, Toulouse, 1938.
- DRAKIDIS (Ph.). — « Du caractère « non exécutoire » de certains « contrats de change » d'après les statuts du Fonds monétaire international », *Rev. crit.*, 1970.363.
- DROZ (G.). — *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun* (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1958), Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, vol. XIII, 1972.
- EHRENZWEIG (A.). — « The Transient Rule of Personal Jurisdiction : The Power Myth and Forum Conveniens », 65 *Yale L. J.* 289 (1956).
- EVRIENIS (D. J.). — Compte rendu de l'ouvrage de C. DAVID, « La loi étrangère devant le juge du fond », *Rev. crit.*, 1965.460.
- FIGORE (P.). — « Du changement de nationalité opéré en fraude à la loi », *Clunet*, 1910.753.
- FREYRIA (Ch.). — « La notion de conflits de lois en droit public », *Trav. com. fr.*, 1965.103.
- « Sécurité sociale et droit international privé », *Rev. crit.*, 1956.416.
- FOYER (Jacques). — *Filiation illégitime et changement de loi applicable*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, vol. I, 1964.
- « Le nouvel avant-projet de réforme du Droit international privé français », *Clunet*, 1971.31.
- FOYER (Jean). — Rapport Doc. Ass. Nat., n° 2545, 1^{re} session 1972-1973.
- FOYER (Jean et Jacques). — *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Divorce et Séparation de corps*.
- FRAGISTAS (Ch. N.). — « La compétence internationale en droit privé », *Recueil des cours*, 1961.III, p. 159 et s.
- FRANCSKAKIS (Ph.). — *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958.
- « Droit naturel et Droit international privé », *Mél. Maury*, t. 1, Dalloz, 1960, p. 113.
- « La loi étrangère à la Cour de cassation », D., 1963, Chron. 7.
- « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Rev. crit.*, 1966.1.

- « Un bond de la jurisprudence anglaise en matière de reconnaissance des décisions étrangères. L'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire du divorce *Indyka* », *Rev. crit.*, 1969.601.
- « Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux. L'arrêt *Barcelona* de la Cour internationale de justice », *Rev. crit.*, 1970.609.
- *Rép. Dalloz dr. int., Vis Conflits de lois (Principes généraux), Droit international privé comparé, Fraude à la loi.*
- FRANDESCAKIS (Ph.) et GOTHOT (P.). — « Une réglementation inachevée du divorce international. La loi belge du 27 juin 1960 », *Rev. crit.*, 1962.247.
- FRANDESCAKIS (Ph.) et KISS (A. C.). — *Rép. Dalloz dr. int., V° Droit international.*
- FRANDESCAKIS (Ph.) et LUCAS (H. J.). — *Rép. Dalloz dr. int., V° Jugement étranger (Matières civile et commerciale).*
- V. BATIFFOL et FRANDESCAKIS.
- GAMILLSCHEG (F.). — « Les principes du droit du travail international », *Rev. crit.*, 1961.265 et s., 477 et s., 671 et s.
- GAUDEMET-TALLON (H.). — *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil. Contribution à l'histoire de la compétence judiciaire internationale*, Paris, 1964.
- *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, vol. IV, 1965.
- GOLDMAN (B.). — « Centième année », *Clunet*, 1973.I.
- « Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence », *Recueil des cours*, 1969.III, p. 631.
- V. BELLET et GOLDMAN.
- GOTHOT (P.). — « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit.*, 1971.1 et s., 209 et s., 415 et s.
- V. FRANDESCAKIS et GOTHOT.
- GRANCOURT (J. de). — *Les conflits de lois en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels dans la C.E.E.*, thèse, Rennes, 1965 (dactylographiée).
- GRAULICH (P.). — « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mél. Dabin*, t. 2, Sirey, 1963, p. 629.
- GRAVESON (R. H.). — « The Doctrine of Evasion of the Law in England and America », 19 *Journ. of Comp. L.* (3rd ser.) 21 (1937).
- « The Comparative Evolution of Principles of the Conflict of Laws in England and in the U.S.A. », *Recueil des cours*, 1960.I, p. 21.
- « General Principles of Private International Law », *Recueil des cours*, 1963. II, p. 1.
- « Philosophical Aspects of the Conflict of Laws », 78 *L. Q. Rev.*, 357 (1962).
- GRISWOLD (N.). — « Divorce Jurisdiction and Recognition of Divorce Decrees », 65 *Harv. L. Rev.*, 193 (1951).
- GUTTERIDGE (H. C.). — « Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles », *Recueil des cours*, 1933.II, p. 111.
- HAGE-CHAHINE (F.). — *Les conflits de lois dans le temps et dans l'espace en matière de prescription. Recherche sur la promotion du fait au droit*, thèse, Paris, 1973 (dactylographiée).
- HARPER. — « The Myth of the Void Divorce » 2 *Law and Contemporary Problems* 335 (1935).
- HECKE (G. Van). — « Principes et méthodes de solution des conflits de lois », *Recueil des cours*, 1969.I, p. 399.
- HOCHEPIED (J.-P. de). — *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, Paris, Pédone, 1965.
- HERZOG (J. B.). — *Rép. Dall. dr. crim., V° Atteintes à la sûreté de l'Etat.*
- HOLLEAUX (D.). — *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, vol. IX, 1970.
- HUDAULT. — « Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l'Ancien Droit français », *Rev. crit.*, 1972.27 et s., 249 et s.

- JACOBS. — « Attacks on Decrees of Divorce » 34 *Mich. L. Rev.* 749 (1936).
- JAMBU-MERLIN (R.). — « Note sur les nouvelles règles de conflits de lois en matière de contrats d'affrètement et de transport maritime contenues dans la loi du 18 juillet 1966 », *Rev. crit.*, 1966.730.
- *Rép. Dall. dr. int.*, V^o *Navire*.
- JESSUP (Ph.). — « The UN Conference on the Law of the Sea » 5 *Col. L. Rev.*, 234 (1959).
- JONES. — « The Nottebohm Case » 5 *Int. and Comp. L. Q.* 230 (1956).
- JUILLARD (P.). — « La nullité d'un contrat de change conclu en violation de l'article VIII-2-b des statuts du Fonds Monétaire International... », *J.C.P.*, 1971.I.2399.
- KAHN (Ph.). — *La vente commerciale internationale*, Sirey, 1961.
- KAYSER (P.). — « L'autonomie de la volonté en droit international privé dans la jurisprudence française », *Clunet*, 1931.40.
- KISS (A. C.). — « La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales » in *La personnalité morale et ses limites*, Travaux de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris, 1960.
- V. FRANCESKAKIS et KISS.
- KUCERA (Z.). — « La loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963 sur le droit international privé et de procédure », *Clunet*, 1966.783.
- KUNZ (J. L.). — « The Nottebohm Judgment (Second Phase) » 54 *Am. J. Int. L.* 536 (1960).
- LAGARDE (P.). — *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1959.
- « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. crit.*, 1960.459.
- « Destinées de l'arrêt *Rivière* », *Clunet*, 1971.241.
- « La rénovation du Code de la nationalité par la loi du 9 janvier 1973 », *Rev. crit.*, 1973.431.
- *Rép. Dall. dr. int.* V^o *Nationalité*.
- V. MAURY et LAGARDE.
- LATTY (E. R.). — « Pseudo-foreign corporations » 65 *Yale L.J.* 137 (1955).
- « The Use of Pseudo-foreign Corporation in the United States » 3 *Business Law Rev.* 137 (1956).
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.). — « A propos du contrat international », *Clunet*, 1951.4.
- LEVASSEUR (G.) et DECOCQ (A.). — *Rép. Dall. dr. int.* V^{is} *Atteintes à la sûreté de l'Etat. Bigamie. Compétence pénale*.
- LIGEROPOULO (A.). — *Le problème de la fraude à la loi*, thèse, Aix, 1928.
- LIPSTEIN (K.). — « Chronique de jurisprudence britannique », *Clunet*, 1969.108.
- LORENZEN (E.G.). — « Validity and Effects of Contracts in the Conflict of Laws », 30 *Yale L. J.* 565, 655 et 31 *Yale L.J.* 53 (1921).
- LOUIS-LUCAS (P.). — « Remarques relatives à la détermination de la nationalité des sociétés », *J.C.P.*, 1953.I.1104.
- « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit.*, 1962.1.
- « La liberté contractuelle en droit international privé français », *Mél. Dabin*, t. 2, Sirey, 1963, p. 743.
- LOUSSOUARN (Y.). — *Les conflits de lois en matière de société*, thèse, Rennes, 1947.
- « La condition des personnes morales en droit international privé », *Recueil des cours*, 1959.I, p. 443.
- « Le contrôle par la Cour de cassation de l'application des lois étrangères », *Trav. com. fr.*, 1962-64, p. 133.
- « La convention de La Haye sur la loi applicable aux accidents de la circulation routière », *Clunet*, 1969.5.

- LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.-D.). — « La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire », D., 1963, Chron. 37.
- LUCAS (H. J.) : V. FRANCESCAKIS ET LUCAS.
- LYON-CAEN (G.). — « La convention collective de travail en droit international privé », *Clunet*, 1964.247.
- MALAURIE (Ph.). — « L'équivalence en droit international privé », D., 1962, Chron. p. 215.
- « Le divorce des mariages mixtes en cas de séparation de fait. La règle Tarwid », D., 1963, Chron. p. 53.
- *Introduction à l'étude du droit et droit civil*, Paris, Les cours du droit, 1968.
- *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Domicile*.
- MARIDAKIS (G.). — « Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », *Mél. Maury*, t. 1, Dalloz, 1960, p. 231.
- MANN (F. A.). — « The Proper Law of a Contract » (1950) 3. *I.L.Q.* 60.
- « The Proper Law of a Contract : A Rejoinder » (1950) 3. *I.L.Q.* 597.
- MAURY (J.). — « Règles générales des conflits de lois », *Recueil des cours*, 1936. III, p. 329.
- *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952.
- « La condition de la loi étrangère en droit français », *Trav. com. fr.*, 1953, p. 97.
- « L'arrêt *Nottebohm* et la condition de nationalité effective », *RabelsZ*, 1958. 515.
- MAURY (J.) et LAGARDE (P.). — *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Etranger*.
- MAYER (P.). — *La distinction des règles et des décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, vol. XVII, 1974.
- MAZEAUD (L.). — « De la nationalité des sociétés », *Clunet*, 1928.30.
- MEHREN (A. von). — « The Validity of Foreign Divorces », 45 *Massachusetts Law Quarterly* 23 (1965).
- « Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux Etats-Unis », *Clunet*, 1973.116.
- MEHREN (A. von) et TRAUTMAN (D.). — « Jurisdiction to Adjudicate : A Suggested Analysis », 79 *Harv. L. Rev.* 1121 (1966).
- « Recognition of Foreign Adjudications : A Survey and A Suggested Approach », 81 *Harv. L. Rev.* 1601 (1968).
- MEIJERS (E. M.). — « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale », *Recueil des cours*, 1934.III, p. 543.
- MEIJERS (H.). — *The Nationality of Ships*, La Haye, 1967.
- MERCIER (G.). — *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Saisie-arrest*.
- MESSINESI (P.). — *La contrebande en droit international privé*, thèse, Paris, 1932.
- MEZGER (E.). — *Rép. Dall. dr. int.*, V° *Pratiques restrictives de la concurrence*.
- MORRIS (J. H. C.). — « The Proper Law of A Contract : A Reply » (1950), 3 *I.L.Q.* 197.
- « L'évolution récente du droit international privé anglais », *Clunet*, 1973.195.
- MOSER (R.). — *Vertragabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteinvilligkeit in Internationalen Obligationenrecht*, St-Gall, 1948.
- MOTULSKY (H.). — « L'office du juge et la loi étrangère », *Mél. Maury*, t. 1, Dalloz, 1960, p. 337.
- « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *Mél. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 681.
- NADELMANN (K.). — « Jurisdictionally Improper Fora », *Essays H.E. Yntema*, 1961, p. 321.

- « French Courts Recognize Foreign Money-Judgments : One Down and More To Go », 13 *Am. J. Comp. Law*. 76 (1964).
- NEUMAYER (K. H.). — « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit.*, 1957.579 et 1958.53.
- NIROYET (J. P.). — « La fraude à la loi en droit international privé », *Rev. dr. int. lég. comp.*, 1926.503.
- « La théorie de l'autonomie de la volonté », *Recueil des cours*, 1927.I, p. 111.
- « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Rev. dr. int. pr.*, 1927.402.
- « Qu'est-ce que la loi étrangère aux yeux des juges d'un pays déterminé ? », *Rev. dr. int. lég. comp.*, 1928.753.
- « Cours de droit international privé français, 2^e éd., 1949.
- NOVA (R. de). — « Conflit des lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mél. Maury*, t. 1, p. 381.
- OVERBECK (A. von). — « Les règles de droit international privé matériel », *Mél. Kollewijn et Offerhaus*, Leyden, 1962, p. 362.
- PANHUYS (H. van). — *The Role of Nationality in International Law*, 1959.
- PARRY (C.). — « Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law », *Recueil des cours*, 1956.II, p. 653.
- PASTOR RIDRUEJO (J. A.). — « El fraude de la ley en Derecho Interregional », *Rev. esp. de der. int.*, 1966.40.
- PATARIN (J.). — *Rép. Dall. dr. int.*, V^e Saisies.
- PERRIN (G.). — « Les conditions de validité de la nationalité en droit international public », *Mélanges Guggenheim*, Genève, 1968, p. 853.
- PERRIN. — *La reconnaissance des sociétés étrangères et ses effets*, Genève, 1969.
- PERROUD (J.). — « La fraude à la loi en droit international privé », *Clunet*, 1926.19.
- PICARD (M.). — « L'autonomie de la volonté en matière de contrat d'assurance », *Trav. com. fr.*, 1937-38, p. 137.
- PILLET (A.). — « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Clunet*, 1894.417 et s., 711 et s., 1895.241 et s., 500 et s., 929 et s., 1896.5.
- PINTO (R.). — « Les pavillons de complaisance », *Clunet*, 1960.345.
- POCAR (F.). — « La loi italienne sur le divorce du 1^{er} décembre 1970 et le droit international privé », *Rev. crit.*, 1971.175.
- PONSARD (A.). — *Rép. Dall. dr. int.*, V^e Loi étrangère.
- PONTAVICE (E. du). — *La pollution des mers par les hydrocarbures (A propos de l'affaire du Torrey Canyon)*, Paris, L.G.D.J., 1968.
- PRAT-ROUSSEAU (L.). — *La notion de fraude à la loi*, thèse, Bordeaux, 1937.
- REESE (W.). — « Power of Parties to choose Law Governing Their Contract », 1960 *Proceedings of the American Society of International Law* 49.
- RESTATEMENT OF THE LAW, SECOND, FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES. — American Law Institute Publishers, 1965.
- RESTATEMENT OF THE LAW, SECOND, CONFLICT OF LAWS. — American Law Institute Publishers, 1971.
- RIGAUD (L.). — « La conception nationaliste de la compétence judiciaire », *Rev. crit.*, 1938.605.
- RIAD (F.). — *La valeur internationale des jugements en droit comparé*, Paris, 1955.
- RODRIGUEZ. — *Une fraude à la mode. Des entreprises françaises constituées en sociétés anglaises*, 1908.
- ROLIN (H.). — « Vers un ordre public véritablement international », *Mél. Basdevant*, Paris, Pédone, 1960, p. 441.

- RÖMER (G.). — *Gestzesumgehung im deutschen Internationalen Privatrecht*, Berlin, 1955.
- ROBERS (J.-L.). — « La loi étrangère et le juge national », *J.C.P.*, 1967.I.2101.
- ROTHSTEIN (J. H.). — *Rép. Dall. dr. int.*, V^e Impôts.
- ROUAST (A.). — « Les conflits de lois relatifs au contrat de travail », *Mél. Pillet*, Paris, Sirey, 1929, t. 1, p. 195.
- SCHNITZER (A. F.). — « L'autonomie des parties en droit interne et en droit international », *Rev. crit.*, 1939.243.
- « La loi applicable aux contrats », *Rev. crit.*, 1955.459.
- SEIDI-HOHENVELDERN (I.). — « L'ordre public international et la fraude à la loi. Leur importance en droit international public », *Mél. Maury*, t. 1, Dalloz, 1960, p. 473.
- SPITERI (P.). — « La fraude à la loi étrangère », *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, t. XV, Fasc. 2, 1967, p. 37 à 51.
- SZER (S.). — « La nouvelle loi polonaise sur le droit international privé », *Clunet*, 1966.346.
- TAINTOR (C. W.). — « Marriage in the Conflict of Laws », 9 *Vanderbilt L. Rev.* 607 (1956).
- TERRÉ (F.). — *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., 1956.
- TOUBIANA (A.). — *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, vol. XIV, 1972.
- TRAUTMAN (D.). — V. von MEHREN et TRAUTMAN.
- VAGTS (D.). — « The Logan Act : Paper Tiger or Sleeping Giant », 60 *Am. J. Int. L.* 268 (1966).
- VALLADAO (H.). — « Les effets des jugements étrangers de divorce », *Rev. crit.*, 1959.443.
- VERPLAETSE (J.). — *La fraude à la loi en droit international privé*, Paris, Sirey, 1938.
- « Reappraisal of the Concept of Evasion of Law in Private International Law », *Rev. hell.*, 1958.264.
- *Compte rendu de l'ouvrage de RÖMER, « Gesetzesumgehung im deutschen Internationalen Privatrecht »*, *Rev. crit.*, 1956.185.
- VIDAL (J.). — *Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit français*, Paris, Dalloz, 1957.
- VISSCHER (Ch. de). — « L'affaire Nottebohm », *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1956.238.
- VISSCHER (P. de). — « La protection diplomatique des personnes morales », *Recueil des cours*, 1961.I, p. 395.
- *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pédone, 1967.
- *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pédone, 4^e éd., 1970.
- VIVIER (J.). — « Le caractère bilatéral de la règle de conflit », *Rev. crit.*, 1953. 655 et s., 1954.73 et s.
- WESTEN (P.). — « False Conflicts », 55 *Cal. L. Rev.* 74 (1967).
- WIGNY (P.) et BROCKELBANK (W. J.). — *Exposé du droit international privé américain*, Paris, Sirey, 1937.
- YNTEMA (H. E.). — « Autonomy in Choice-of-Law », 1 *Am. J. Comp. L.* 341 (1952).
- ZAJTAY (I.). — *Contribution à l'étude de la loi étrangère en droit international privé français*, Paris, Pédone, 1958.
- ZWEIGERT (K.). — « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.*, 1965.645.

TABLE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES

Les chiffres renvoient aux numéros et non aux pages

Allemagne :

R.G., 28 mai 1936, *Nouv. rev. dr. int. priv.*, 1936.353 : 491.

Angleterre :

Compton v. Bearcroft (1769) 2 Hagg. Cons. 430 : 399.
Holman v. Johnson (1775) 1 Cowp. 341 : 223, 225.
Mette v. Mette (1859) 1 Sw. & Tr. 416 : 403.
Simonin v. Mallac (1860) 2 Sw. & Tr. 67 : 411.
Brook v. Brook (1861) 9 H.L.C. 193 : 401, 403.
Sottomayor v. de Barros (n° 1) (1877) 3 P.D. 1 : 409.
Sottomayor v. de Barros (n° 2) (1879) 5 P.D. 94 : 410, 413.
Sussex Peerage Case (1884) 11 Cl. & F. 85 : 402.
Scott v. Attorney General (1886) 11 P.D. 128 : 412.
Warter v. Warter (1890) 15 P.D. 152 : 412.
In Re Wilton (1900) 2 Ch. 481 : 403.
Carrick v. Hancock [1895] 12 TLR 59 : 71.
De Beers Consolidated Mines Ltd v. Howe [1906] A.C. 455 : 526.
Armitage v. Attorney General [1906] P. 135 : 278.
Ogden v. Ogden [1908] P. 46 : 411.
Chetti c. Chetti [1909] P. 67 : 413.
Continental Tyre and Rubber Cy v. Daimler [1916] 2 A.C. 307 : 293.
Salvesen v. Administrator of Austrian Property [1927] A.C. 641 : 300.
Von Lorang v. Administrator of Austrian Property [1927] A.C. 641 : 300.
Foster v. Driscoll [1929] 1 K.B. 470 : 225.
Vita Food Products v. Unus Shipping Co. [1939] A.C. 277 : 481, 491.
de Massa v. de Massa [1939] 2 All. E.R. 150 n : 411.
Galene v. Galene [1939] P. 237 : 411.
In Re O'Keefe [1940] Ch. 124 : 171.
In Re Paine [1940] 2 Ch. 344 : 404.
Pugh v. Pugh [1951] P. 482 : 402, 407.
H. v. H. [1954] P. 258 : 341.
Government of India v. Taylor [1955] A.C. 491 : 224.
Regazzoni v. Sethia [1956] 1 All. E.R. 229 (Q.B.) : 225.
Mountbatten v. Mountbatten [1959] P. 43 : 278.
R. v. Brentwood Superintendent Registrar of Marriages, Ex. p. Arias [1968] 2 Q.B. 956 (*Rev. crit.*, 1969.491, note Wengler) : 408, 410.
Mather v. Mahoney [1968] 1 W.L.R. 1773 : 278, 451.
Chaplin v. Boys [1969] 3 W.L.R. 322 (*Rev. crit.*, 1970.78, note Graveson et Wortley) : 31.
Indyka c. Indyka [1969] 1 A.C. 33 : 278.
Middleton v. Middleton [1969] P. 62 : 278.
Radwan v. Radwan [1972] : 407.

Autriche :

Cour suprême, 7 mars 1883, *Clunet*, 1888.128 : 372.

Australie :

Golden Acres Ltd. v. Queensland Estates Pty Ltd (1969) Qd. R. 378 : 492.

Belgique :

Bruxelles, 31 déc. 1877, *Clunet*, 1878.513 : 335, 336.

Bruxelles, 5 août 1880, S., 1881.4.1, D., 1882.2.81, *Clunet*, 1880.508 : 254, 351.

C. cass., 19 janv. 1882, *Clunet*, 1882.364 : 254, 351.

C. cass., 17 nov. 1898, *Pandectes Périodiques*, 1898, p. 981 : 67.

Trib. com. Bruxelles, 2 mars 1901, *Clunet*, 1902.883 : 532.

Bruxelles, 26 févr. 1923, D., 1923.2.54 : 532.

Bruxelles, 24 févr. 1926, *Clunet*, 1930.754 : 532.

Bruxelles, 4 févr. 1936, *Gaz. Pal.*, 1936.1.516 : 502.

Bruxelles, 13 déc. 1950, *Clunet*, 1953.414, note Abrahams : 449.

Trib. civ. Bruxelles, 13 janv. 1951, *Clunet*, 1953.438 : 190.

Trib. civ. Bruxelles, 14 juill. 1955, *Rev. crit.*, 1955.693, note Loussouarn : 466.

C. cass., 4 oct. 1956, *Clunet*, 1958.1174, obs. Abrahams : 190.

C. cass., 11 oct. 1957, *Clunet*, 1958.1174, obs. Abrahams : 190.

Ecosse :

Société du gaz de Paris v. S.A. de Navigation « Les armateurs français » [1926]
Sess. Cass., 13 (H.L. 1925) : 72.

Egypte :

Cour d'appel d'Alexandrie, 23 mars 1937, *Clunet*, 1938.552 : 352.

Etats-Unis d'Amérique :

Medway c. Needham 16 Mass. 157 (1819) : 418.

Paul v. Virginia 8 Wall. 168 (1869) : 524.

Land Grant R. & T. Co. v. Coffey County 6 Kan. 149 (1870) : 526.

Penngar v. The State, Cour suprême du Tennessee, 29 janv. 1889, *Clunet*, 1889.
903 : 428.

Demarest v. Flasck 128 NY 205, 28 N.E. 645 (1891) : 525.

Andrews v. Andrews 188 US 14 (1903) : 259.

Harris v. Balk 198 US 215 (1905) : 69.

Haddock v. Haddock 201 US 562 (1906) : 259.

Fauntleroy v. Lum 210 US 230 (1908) : 134.

Sturges v. Sturges 93 Pac. 696 (1908).

Lanham v. Lanham 136 Wis. 117 N.W. 787 (1908) : 420, 428.

Thomson v. Erie R. Co. 147 App. Div. 8, 131 NY Supp. 627 (1911) : 484.

Schofield v. Schofield 51 Pa. Super. 564 (1912) : 427.

Hall v. Industrial Commission of Wisconsin 165 Wis. 364, 162 N.W. 312 (1917) :
428, 429.

London Finance Co. v. Shattuck 221 NY 702, 17 NE 1075 (1917).

McDonald v. Mabey 243 US 90 (1917) : 69.

Strathairn Steamship Co. Ltd v. Dillon 252 US 348 (1920) : 80.

Seeman v. Philadelphia Warehouse Co. 274 US 403 (1927) : 491.

In Re Miller's Estate 214 N.W. 248 (Michigan, 1927) : 427.

Meisenhelder v. N. W. Ry Co. Minn. 317, 213 N.W. 32 (1927) (*Clunet*, 1928.
1275) : 427.

Fisher v. Fisher 250 N.Y. 313, 165 N.E. 460 (1929) : 212, 428.

Home Insurance Co. v. Dick 281 US 397 (1930) : 134.

Gerli and Co. Inc. v. Cunard S.S. Co. Ltd, 48 F. 2d 115 (1931) : 477.

- Bradford Electric Light Co. v. Clapper* 286 US 145 (1932) : 134.
Universal Adjustment Corp. v. Midland Bank, Ltd, of London, 281 Mass. 303, 184 N.E. 152 (1933) : 67.
Gregory v. Helvering 69 F. 2d 809 (1934) : 521.
Alaska Packers Ass'n v. Industrial Accident Commission of California. 294 US 532 (1935) : 134.
Milwaukee County v. M.E. White Co. 296 US 268 (1935) : 224.
McDonald v. McDonald 6 Cal. 2d 457 (S., 1936.4.17, note Batiffol) : 425.
Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacturing Co. Inc. 313 US 487 (1941) : 417.
Williams v. North Carolina (1^{er} arrêt) 317 US 287 (1942) : 259.
Toklan Royalty Corp. v. Tiffany 193 Okla. 120, 141 P. 2d 571 (1943) : 526.
Williams v. North Carolina (2^e arrêt) 325 US 226 (1945) : 95, 194.
United States v. Rubenstein 151 F. 2d 915 (2d Circuit, 1945) : 290.
Sherrer v. Sherrer 334 US 343 (1948) : 95, 259.
Estin v. Estin 334 US 541 (1948) : 95.
Lutwak v. United States 335 US 604 (1948) : 290.
Johnson v. Muelberger 340 US 581 (1951) : 259.
Carr v. Carr 104 NYS 2d 269 (Sup. Ct. 1951) : 376, 425.
Davis v. Seller 329 Mass. 385, 108 NE 2d 656 (1952) : 424.
Lauritzen v. Larsen 345 US 571 (1953) : 18, 81, 118, 155, 491, 502.
In Re May's Estate 305 NY 486, 114 N.E. 2d 4 (1953) : 210, 427.
Allon v. Alton 207 F. 2d 667 (3d Circ. 1953) : 265.
Naim v. Naim 197 Va 80, 87 SE 2d 749 (1955) : 424.
Benz v. Compania Naviera Hidalgo, S.A. 353 US 138 (1957) (*Clunet*, 1960.182, obs. Lelièvre) : 98.
Boehm v. Rohlf's 224 Iowa 226, 267 NW 104 (1957) : 425.
Wilkins v. Zelichowski 26 N.J. 370 (1958) : 426.
Bartholomew v. Universe Tankship, Inc. 263 F. 2d 437 (1959) : 54, 155.
Romero v. International Terminal Operating Co. 358 US 354 (1959) : 155, 502.
Auten c. Auten 308 NY 155, 124 N.E. 2d 99 (1959) : 492.
A.P. Green Export Co v. United States 284 F. 2d 383 (1960) : 521.
Rocha v. United States 288 F. 2d 545 (9th Circuit, 1961) : 290.
Kilberg v. Northeast Airlines, Inc. 9 NY 2d 34, 172 N.E. 2d 526 (1961) : 387.
Catalano v. Catalano 148 Conn. 288, 170 A. 2d 726 (1961) : 427.
Western Airlines Inc. v. Sobieski, 191 Cal. App. 2d 399 (1961) : 526.
Mc Culloch v. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras 372 US 10 (1963) (*Rev. crit.* 1963.743, note Bonassies) : 98.
Babcock v. Jackson, 12 NY 2d 477, 191 N.E. 2d 279, 240 NYS 743 (1963) (*Rev. crit.*, 1964.284, note Castel) : 30.
Lilienthal v. Kaufman 239 Or. 1, 395 P. 2d 543 (1964) : 364.
Rosenstiel v. Rosenstiel 16 NY 2d 64, 209 N.E. 2d 709 (1965) : 95.
Dym v. Gordon, 16 NY 2d 120, 209 N.E. 2d 792, 262 NYS 2d 463 (1965) : 31.
Loving v. Virginia 388 US 1 (1967) : 424.
Tooker v. Lopez 23 NY 2d 569, 249 N.E. 2d 394 (1969) : 31.

France :

- Trib. civ. Seine, 9 avr. 1816, S., 1817.2.354 : 2.
 Paris, 24 févr. 1817, S., 1817.2.354 : 2.
 Paris, 26 janv. 1818, S., 1818.2.346 : 2.
 Civ., 11 janv. 1820, S. chr., 1819-21.1.46 : 2.
 Rennes, 1^{er} déc. 1826, S. chr., 1825-27.293 : 225.
 Aix, 30 août 1833, S., 1834.2.161 : 223, 226.
 Pau, 11 juill. 1834, S., 1835.1.673 : 223.
 Cass., 28 août 1835, S., 1835.1.673 : 223.
 Poitiers, 7 janv. 1845, S., 1845.2.215 : 132.
 Cass., 18 déc. 1845, S., 1846.1.100 : 132, 183.
 Paris, 9 juill. 1853, S., 1853.2.401 : 374.
 Civ., 28 févr. 1860, D., 1860.1.57, S., 1860.1.210 : 126.

- Req., 16 janv. 1861, D., 1861.1.193, S., 1861.1.305 : 364.
 Civ., 31 mars 1868, S., 1868.1.32 : 67.
 Crim., 8 août 1873, *Clunet*, 1875.22 : 519.
 Paris, 20 juin 1874, D., 1876.5.222 : 519, 532.
 Toulouse, 27 juill. 1874, S., 1876.2.149 : 132, 183.
 Civ., 19 août 1874, S., 1875.1.52 : 319.
 Civ., 19 juill. 1875, S., 1876.1.289, note Labbé : 132, 183, 203, 309.
 Trib. civ. Seine, 10 mars 1876, S., 1876.2.249 : 173, 199.
 Paris, 17 juill. 1876, S., 1876.2.249 : 200, 203.
 Trib. civ. Seine, 31 janv. 1877, D., 1878.2.6, S., 1879.2.205 : 116, 132, 173, 183, 203.
 Paris, 30 juin 1877, D., 1878.2.6, S., 1879.2.205 : 116, 132, 183.
 Req., 18 mars 1878, S., 1878.1.193, note Labbé : 3, 201, 203.
 Trib. corr. Seine, 10 févr. 1881, *Clunet*, 1881.158 : 522.
 Trib. civ. Seine, 4 févr. 1882, *Clunet*, 1882.544 : 448.
 Trib. civ. Seine, 8 mars 1884, *Clunet*, 1884.637 : 310.
 Paris, 26 juin 1884, *Clunet*, 1884.637 : 310.
 Trib. civ. Pontoise, 6 août 1884, *Clunet*, 1885.296 : 391.
 Pau, 2 juill. 1886, *Clunet*, 1887.57 : 225.
 Trib. civ. Seine, 30 déc. 1887, *Clunet*, 1889.463 : 372, 448.
 Trib. civ. Seine, 3 mai 1888, *Clunet*, 1888.790 : 311.
 Paris, 21 févr. 1889, *Clunet*, 1889.303 : 311.
 Lyon, 6 mars 1889, *Clunet*, 1889.456 : 312.
 Civ., 25 mars 1889, *Clunet*, 1889.642 : 183, 216.
 Crim., 21 nov. 1889, *Clunet*, 1889.850 : 518, 519.
 Civ., 26 févr. 1890, S., 1893.1.126 : 319.
 Civ., 4 févr. 1891 ; *Clunet*, 1891.171, D., 1891.1.113, S., 1891.1.449, note Maynial : 311.
 Trib. com. Seine, 27 août 1891, *Clunet*, 1891.1241 : 518.
 Alger, 27 janv. 1892, *Clunet*, 1892.662 : 335.
 Orléans, 16 mars 1892, D., 1892.2.190 : 311.
 Trib. civ. Tunis, 21 mars 1892, *Clunet*, 1892.933 : 335, 336, 338.
 Alger, 19 févr. 1896, D.P., 1901.2.77 : 335.
 Trib. civ. Seine, 18 juin 1896, D.P., 1901.2.77 : 335.
 Alger, 13 déc. 1897, D.P., 1901.2.77 : 335.
 Req., 22 déc. 1897, S., 1897.1.84, *Clunet*, 1897.364 : 517.
 Trib. com. Seine, 3 mai 1899, G.P., 1899.2.239, *Clunet*, 1900.802 : 522.
 Trib. civ. Clermont, 5 déc. 1900, *Clunet*, 1903.167 : 522.
 Amiens, 9 nov. 1901, *Clunet*, 1903.167 : 522.
 Trib. civ. Seine, 18 nov. 1901, *Clunet*, 1902.103 : 277.
 Rouen, 25 mars 1903, D., 1906.1.35 : 311.
 Trib. com. Seine, 17 avril 1903, *Clunet*, 1904.135 : 519.
 Paris, 26 mai 1903, *Clunet*, 1904.135 : 519.
 Aix, 9 juill. 1903, S., 1906.2.256, note Audinet : 351.
 Trib. corr. Seine, 2 mars 1905, *Clunet*, 1905.385 : 522.
 Req., 9 mai 1905, D., 1905.1.367 : 391.
 Chambéry, 21 mai 1905, *Clunet*, 1908.2.312 : 319.
 Paris, 13 juill. 1905, *Clunet*, 1906.426 : 375.
 Trib. civ. Seine, 10 nov. 1905, *Clunet*, 1906.145 : 364.
 Req., 3 janv. 1906, *Clunet*, 1906.1149 : 374.
 Req., 9 janv. 1906, D., 1906.1.35 : 311.
 Paris, 2 mars 1906, *Rev. dr. int. priv.*, 1906.764 : 522.
 Crim., 4 août 1906, *Clunet*, 1907.151 : 518, 519.
 Trib. com. Dunkerque, 27 nov. 1906, S., 1907.2.308 : 225.
 Trib. com. Nancy, 18 févr. 1907, *Clunet*, 1907.765 ; G.P., 1907.1.411 : 517.
 Trib. civ. Seine, 20 mars 1907, *Clunet*, 1908.155 : 218.
 Paris, 27 mars 1907, *Clunet*, 1907.768, G.P., 1907.1.496 : 519.
 Trib. com. Nice, 24 mai 1907, G.P., 1908.2.462, *Clunet*, 1909.198 : 522.
 Douai, 11 nov. 1907, S., 1907.2.308, *Clunet*, 1908.138 : 225.
 Chambéry, 21 mai 1908, S., 1908.2.312 : 132.

- Trib. civ. Lille, 21 mai 1908, D., 1910.2.41, note Percerou, S., 1908.2.177, note Demogue : 517.
- Aix, 6 juill. 1908, G.P., 1908.2.462, *Clunet*, 1909.198 : 522.
- Trib. com. Seine, 23 oct. 1908, S., 1909.183 : 519.
- Req., 11 nov. 1908, D., 1914.1.118, rapport Denis, *Rev. dr. int. priv.*, 1909.227, *Clunet*, 1909.753 : 272.
- Trib. civ. Seine, 1^{er} mars 1909, *Clunet*, 1910.577 : 518.
- Paris, 23 mars 1909, S., 1909.183 : 519.
- Trib. com. Seine, 25 mai 1909, *Clunet*, 1910.195 : 518.
- Civ., 9 mars 1910, S., 1913.1.105 : 17.
- Trib. com. Seine, 11 avr. 1910, *Clunet*, 1910.1209 : 522.
- Trib. com. Seine, 29 juin 1910, G.P., 1910.2.358 : 518.
- Trib. corr. Seine, 27 juill. 1910, G.P., 1910.2.152, *Clunet*, 1911.234 : 517.
- Trib. civ. Seine, 23 nov. 1910, *Rev. dr. int. priv.*, 1911.377 : 374.
- Civ., 5 déc. 1910, S., 1911.1.129, note Lyon-Caen : 476, 491.
- Trib. civ. Seine, 31 déc. 1910, D., 1911.5.11, *Clunet*, 1911.889 : 310, 364.
- Trib. civ. Seine, 6 mai 1911, *Rev. dr. int. priv.*, 1911.350 : 364.
- Trib. civ. Grasse, 12 juill. 1911, D., 1912.2.319 : 67.
- Aix, 4 juin 1912, S., 1913.2.92 : 339.
- Trib. corr. Seine, 2 juill. 1912, D., 1913.2.165, *Clunet*, 1913.1273 : 519.
- Cass., 8 janv. 1913, S., 1913.1.243, *Clunet*, 1913.891 : 498.
- Trib. civ. Seine, 15 janv. 1913, *Clunet*, 1913.1227 : 308.
- Trib. civ. Seine, 1^{er} mars 1913, *Clunet*, 1913.1270 : 67, 68.
- Trib. com. Nantes, 29 mars 1913, *Clunet*, 1914.1284 : 518.
- Paris, 11 avr. 1913, G.P., 1913.2.185 : 519.
- Angers, 23 juin 1913, G.P., 1913.2.113 : 517.
- Req., 6 juill. 1914, *Journ. soc.*, 1917.78 : 522.
- Lyon, 30 mars 1915, D.P., 1916.1.44 : 293.
- Req., 20 juill. 1915, D.P., 1916.1.44 : 293.
- Alger, 27 juill. 1915, *Clunet*, 1915.903 : 538.
- Paris, 27 févr. 1917, *Clunet*, 1917.1457 : 293.
- Trib. civ. Seine, 11 juill. 1918, *Clunet*, 1919.286 : 266, 267, 277.
- Toulouse, 15 juill. 1918, S., 1920.2.65, note Audinet : 343.
- Trib. civ. Seine, 10 juill. 1919, S., 1922.2.73, note Rousseau : 346.
- Paris, 7 janv. 1920, S., 1922.2.73, note Rousseau : 346.
- Trib. civ. Seine, 12 mars 1920, *Clunet*, 1920.209 : 312.
- Trib. corr. Seine, 19 mars 1920, *Journ. soc.*, 1924.132 : 519.
- Paris, 17 déc. 1920, *Clunet*, 1921.521 : 231.
- Trib. com. Seine, 14 avr. 1921, G.P., 1921.2.446 : 522.
- Trib. civ. Blois (réf.), 27 avr. 1921, *Clunet*, 1923.904 : 303.
- Req., 8 juin 1921, *Clunet*, 1922.141 : 343.
- Trib. com. Bayonne, 8 juill. 1921, *Clunet*, 1923.302 : 500.
- Orléans, 4 janv. 1922, *Clunet*, 1923.904 : 303.
- Pau, 28 févr. 1922, *Clunet*, 1922.406 : 500.
- Req., 21 juin 1922, S., 1922.1.156 : 346.
- Civ., 6 juill. 1922, D.P., 1922.1.137, S., 1923.1.5, note Lyon-Caen : 24, 335, 458.
- Paris, 10 nov. 1922, S., 1922.2.128, *Clunet*, 1923.320 : 520, 532.
- Trib. civ. Seine, 20 janv. 1923, *Clunet*, 1926.121 : 518.
- Req., 14 mai 1923, *Clunet*, 1923.904 : 303.
- Paris, 16 mai 1923, *Clunet*, 1924.113 : 343.
- Req., 25 mai 1924, *Clunet*, 1925.133 : 500.
- Trib. civ. Bordeaux, 9 juin 1924, G.P., 1924.2.201 : 393.
- Paris, 26 déc. 1924, *Clunet*, 1925.129 : 300.
- Rabat, 3 févr. 1925, *Clunet*, 1926.432 : 343.
- Alger, 20 févr. 1925, *Clunet*, 1926.701 : 225.
- Trib. com. Marseille, 20 mai 1925, G.P., 1925.2.241 : 223.
- Aix, 23 déc. 1925, S., 1926.2.1, note Audinet : 237.
- Aix, 2 févr. 1926, S., 1926.2.105, note Pillet : 223.
- Rennes, 26 juill. 1926, D.H., 1926.53, G.P., 1927.1.59, *Rev. trim. dr. civ.*, 1927.190, obs. Demogue, *Rev. dr. int. priv.*, 1927.523, note Niboyet : 214, 479, 492.

- Limoges, 12 oct. 1926, D., 1928.2.49, note Baudouin, *Clunet*, 1929.355 : 479.
 Trib. civ. Aix, 23 janv. 1928, *Clunet*, 1928.1195 : 335, 336.
 Req., 28 mars 1928, S., 1928.1.305, note Niboyet : 223.
 Civ., 7 mai 1928, S., 1929.1.9, note Niboyet : 335.
 Limoges, 12 oct. 1928, *Clunet*, 1929.355, D., 1928.2.49, note Baudouin : 214, 215, 492.
 Req., 7 janv. 1929, S., 1929.1.104 : 376.
 Civ., 5 févr. 1929, S., 1930.1.181, note Audinet : 11, 241, 335.
 Trib. civ. Seine, 15 juill. 1929, *Rev. dr. int. priv.*, 1930.272 ; G.P., 1931.2.504 : 267.
 Civ., 29 juill. 1929, D.H., 1929.458, S., 1930.1.120 ; *Rev. dr. int. priv.*, 1931.334 : 449.
 Req., 30 déc. 1929, *Clunet*, 1931.94 : 67.
 Alger, 3 févr. 1930, G.P., 1930.1.656 : 375.
 Civ., 19 févr. 1930, S., 1933.1.41, note Niboyet : 215, 479.
 Req., 3 mars 1930, S., 1930.1.377, note Niboyet, *Clunet*, 1930.981 : 126, 249.
 Paris, 24 mars 1930, *Rev. dr. int. priv.*, 1930.272, G.P., 1931.2.504 : 267, 272.
 Req., 1^{er} avr. 1930, *Clunet*, 1931.385 : 335.
 Civ., 1^{er} août 1930, D., 1931.1.69, note Lalou : 376.
 Civ., 27 janv. 1931, *Clunet*, 1932.93 : 479.
 Req., 29 juin 1931, D.P., 1931.1.140, S., 1933.1.297, note Niboyet.
 Trib. civ. Seine, 18 déc. 1931, *Clunet*, 1932.680, note Perroud : 250, 270.
 Trib. civ. Seine, 23 avr. 1932, S., 1933.2.49, note Solus : 521.
 Colmar, 24 juin 1932, S., 1934.2.73, note Niboyet, *Clunet*, 1933.337 : 237.
 Trib. civ. Seine, 2 juill. 1932, *Rev. crit.*, 1934.770, note Niboyet : 225.
 Rennes, 12 janv. 1933, G.P., 1933.1.691 : 375.
 Civ., 14 févr. 1934, D.P., 1934.1.78, S., 1934.1.297, note Mestre : 479.
 Req., 4 juin 1934, D.H., 1934.361 : 479.
 Paris, 4 févr. 1935, *Rev. crit.*, 1935.816 : 519.
 Cons. d'Etat, 12 avr. 1935, *Rec. Lebon*, p. 520 : 333.
 Civ., 2 juill. 1935, D.H., 1935.457 : 479.
 Trib. civ. Seine, 6 juill. 1935, *Rev. crit.*, 1936.771, note Solus : 521, 522.
 Req., 17 juill. 1935, *Rev. crit.*, 1936.767, note E. P. : 521.
 Paris, 26 mars 1936, *Clunet*, 1936.931, note Tager : 225.
 Paris, 3 avr. 1936, D., 1936.2.78, note L. Mazeaud : 501.
 Trib. civ. Seine, 10 juin 1936, *Rev. crit.*, 1937.196 : 447, 449.
 Trib. civ. Seine, 23 juill. 1936, S., 1938.2.25, note Mestre : 501.
 Paris, 16 nov. 1936, *Clunet*, 1937.292 : 447, 449.
 Colmar, 16 févr. 1937, *Rev. crit.*, 1937.685, obs. Batiffol, D.P., 1939.2.25, note Silz : 237.
 Paris, 24 juill. 1937, *Rev. crit.*, 1939.472 : 466.
 Cons. d'Etat, 14 janv. 1938, S., 1938.3.25, note P. L. : 225.
 Trib. civ. Seine, 3 juin 1938, *Clunet*, 1939.87.
 Trib. civ. Seine, 29 juin 1938, *Clunet*, 1939.61 : 8, 445.
 Trib. civ. Seine, 16 nov. 1938, S., 1942.2.29 : 501.
 Trib. civ. Seine, 22 déc. 1938, *Rev. crit.*, 1939.269 : 521.
 Req., 14 mars 1939, G.P., 1939.1.726, *Rev. crit.*, 1939.280 : 67.
 Req., 10 mai 1939, *Rev. crit.*, 1939.472, note Niboyet : 466.
 Trib. civ. Seine, 22 nov. 1939, G.P., 1939.2.338 : 293.
 Trib. civ. Seine, 3 janv. 1940, G.P., 1940.1.78 : 293.
 Paris, 24 avr. 1940, S., 1942.2.29 : 501.
 Paris, 9 juin 1941, J.C.P., 1942.II.1936, note Voirin : 374.
 Trib. corr. Seine, 25 oct. 1943, G.P., 1944.1.8 : 505, 519.
 Trib. com. Marseille, 9 déc. 1946, *Rev. crit.*, 1948.294, note Carabiber : 225.
 Aix, 20 mai 1947, *Rev. crit.*, 1948.294, note Carabiber : 225.
 Civ., 7 juill. 1947, *Rev. crit.*, 1949.78, note Loussouarn : 521.
 Trib. civ. Seine, 7 janv. 1948, J.C.P., 1948.II.4430, note J. Mazeaud : 341.
 Civ., 21 juin 1948, *Rev. crit.*, 1949.557, note Francescakis, J.C.P., 1948.II.4422, note P. L. P., S., 1949.1.121, note Niboyet : 455.

- Paris, 15 déc. 1948, D., 1949.463, note Savatier, S., 1949.2.69, note Delaume, J.C.P., 1949.II.4950, note Sarraute et Tager, *Rev. crit.*, 1949.113, note Francescakis : 8, 139.
- Trib. civ. Seine, 31 mai 1949, *Rev. crit.*, 1950.631, note Loussouarn, S., 1950.2.21, note Niboyet : 449.
- Trib. civ. Seine, 6 déc. 1949, J.C.P., 1950.II.5299, note J. M. : 383.
- Civ. com., 25 avr. 1950, *Rev. crit.*, 1951.291, note Y. L. : 521.
- Civ., 21 juin 1950, D., 1951.749, note Hamel, J.C.P., 1950.II.5812, note Levy, S., 1951.1.1, note Niboyet, *Rev. crit.*, 1950.609, note Batiffol : 29, 501.
- Paris, 6 déc. 1950, *Rev. crit.*, 1951.668, note Batiffol : 449.
- Toulouse, 18 déc. 1950, S., 1951.2.129, note Niboyet, J.C.P., 1951.II.6367, note Delaume et Flattet : 449.
- Civ., 22 janv. 1951, *Rev. crit.*, 1951.167, note Francescakis, J.C.P., 1951.II.6151, note S. et T., S., 1951.1.187 : 8, 139, 165, 187.
- Trib. civ. Seine, 6 avr. 1951, *Rev. crit.*, 1953.586, note H. B., J.C.P., 1953.II.7408, note J. M. : 393.
- Trib. civ. Colmar, 12 juin 1951, *Rev. crit.*, 1952.315, note Loussouarn : 166.
- Trib. civ. Alger, 13 juill. 1951, J.C.P., 1952.II.7196, note Freyria, *Rev. crit.*, 1952.282, note Chrétien : 538.
- Paris, 26 avr. 1952, *Rev. crit.*, 1952.348, note Francescakis : 456.
- Trib. civ. Aix, 17 juin 1952, J.C.P., 1952.II.7237, note Chauveau : 449.
- Alger, 25 juin 1952, J.C.P., 1952.II.7237, note Chauveau : 449.
- Civ. soc., 16 janv. 1953, *Rev. crit.*, 1953.581, note H. B. : 113, 479, 499.
- Civ., 17 avr. 1953, *Rev. crit.*, 1953.412, note Batiffol : 38, 192, 256, 407, 435, 450.
- Civ., 9 déc. 1953, *Rev. crit.*, 1954.389, note Loussouarn : 375.
- Civ., 22 déc. 1953, J.C.P., 1954.II.8082, note Savatier, *Rev. crit.*, 1954.399, note Francescakis : 449.
- Civ., 1^{er} avr. 1954, *Bull. civ.* I, n° 140, p. 101 : 466.
- Paris, 29 juin 1954, *Rev. crit.*, 1955.127, note Batiffol : 231.
- Paris, 30 oct. 1954, *Rev. crit.*, 1954.825, note Mezger : 451.
- Trib. civ. Seine, 4 nov. 1954, *Clunet*, 1955.650, note A. P., *Rev. crit.*, 1956.690, note Loussouarn : 176, 208, 251, 449.
- Aix, 24 févr. 1955, J.C.P., 1955.II.8677, note Aymond : 345.
- Orléans, 9 mars 1955, *Rev. crit.*, 1958.736, note Francescakis : 449.
- Civ., 15 mars 1955, *Rev. crit.*, 1955.320, note Batiffol, *Clunet*, 1956.146, note Goldman, S., 1956.540, note Chavrier : 435, 459.
- Trib. civ. Seine, 10 juin 1955, *Rev. crit.*, 1956.504, note Mezger : 234.
- Civ., 22 juin 1955, *Rev. crit.*, 1955.723, note Batiffol, D., 1956.73, note Chavrier : 387.
- Douai, 1^{er} déc. 1955, *Rev. crit.*, 1956.490, note Loussouarn : 520.
- Paris, 13 déc. 1955, D., 1959.361, note Malaurie : 491.
- Trib. civ. Seine, 4 janv. 1956, *Rev. crit.*, 1956.679, note H. B. : 225.
- Trib. civ. Seine, 11 janv. 1956, *Clunet*, 1956.1022, note Goldman, *Rev. crit.*, 1956.128, note Bellet, J.C.P., 1956.II.9223, note Louis-Lucas : 232, 270, 452.
- Trib. civ. Seine, 27 janv. 1956, J.C.P., 1956.II.9315, *Rev. crit.*, 1956.397, note Francescakis : 459.
- Paris, 27 févr. 1956, *Rev. crit.*, 1956.539, note Hébraud, D., 1956.487, note Raynaud : 456.
- Paris, 15 mars 1956, *Rev. crit.*, 1956.504, note Mezger, J.C.P., 1956.II.9351, note Louis-Lucas, *Clunet*, 1957.140, obs. Sialelli : 234, 243.
- Trib. civ. Seine, 9 mai 1956, G.P., 1956.2.236 : 449.
- Trib. civ. Seine, 14 mai 1956, *Clunet*, 1957.146, obs. Sialelli : 449.
- Trib. civ. Seine, 7 juin 1956, *Rev. crit.*, 1956.683, note H. B. : 112, 479, 493.
- Trib. civ. Seine, 20 oct. 1956, *Rev. crit.*, 1958.119, note Batiffol, *Clunet*, 1959.454, note J.-D. B. : 438, 451.
- Trib. civ. Seine, 28 nov. 1956, *Clunet*, 1957.148, note Sialelli : 232, 276.
- Paris, 21 déc. 1956, *Rev. crit.*, 1957.641, note Loussouarn : 234, 466.
- Trib. civ. Seine, 6 mars 1957, *Clunet*, 1957.544, note Ponsard, J.C.P., 1957.II.10212, note Bellet, *Rev. trim. dr. civ.*, 1958.228, obs. Desbois : 393.
- Civ., 5 avr. 1957, *Rev. crit.*, 1957.335, note P. H. : 456.

- Paris, 10 avr. 1957, J.C.P., 1957.II.10078, note Motulsky, *Rev. crit.*, 1958.120, note Y. L., *Clunet*, 1958.1002, note Goldman : 493.
- Paris, 21 mai 1957, *Rev. crit.*, 1958.128, note Francescakis : 67.
- Paris, 31 oct. 1957, *Rev. crit.*, 1958.345, note Y. L. : 520.
- Paris, 7 nov. 1957, *Rev. crit.*, 1959.319, note Bellet : 276.
- Trib. civ. Seine, 24 déc. 1957, *Clunet*, 1958.978, obs. Sialelli : 459.
- Civ., 28 janv. 1958, *Rev. crit.*, 1958.110, note Jambu-Merlin : 272.
- Paris, 4 févr. 1958, J.C.P., 1958.II.10612, note Francescakis, *Rev. crit.*, 1958.389, note H. B., *Clunet*, 1958.1016, note Ponsard : 270.
- Civ., 17 juin 1958, *Rev. crit.*, 1958.736, note Francescakis, *Clunet*, 1959.1114, note Goldman, D., 1959.65, note Malaurie, J.C.P., 1958.II.10761, note Louis-Lucas : 449.
- Rennes, 23 sept. 1958, *Rev. crit.*, 1959.79, note Loussouarn, *Clunet*, 1959.796, note Goldman, J.C.P., 1959.II.10985, note Aymond : 538.
- Paris, 16 oct. 1958, J.C.P., 1958.II.10897 : 341.
- Civ. com., 4 nov. 1958, D., 1959.361, note Malaurie : 479, 491.
- Civ., 17 nov. 1958, D., 1959.80, note Malaurie, *Rev. crit.*, 1959.482, note Ph. F., *Clunet*, 1959.466 : 459.
- Trib. gr. inst. Seine, 23 mars 1959, D., 1959, *Somm.* 87 : 451.
- Trib. gr. inst. Seine, 21 avr. 1959, *Clunet*, 1960.161 : 451.
- Civ., 23 avr. 1959, *Rev. crit.*, 1959.494, note Francescakis, D., 1959.377, note Holleaux : 461.
- Civ., 12 mai 1959, D., 1960.610, note Malaurie, J.C.P., 1960.II.11733, note Motulsky, *Rev. crit.*, 1960.62, note Batiffol, *Clunet*, 1960.812, note Sialelli : 38, 79, 230, 266, 271, 456.
- Civ., 16 juin 1959, *Bull. civ.* I, n° 300, p. 250 : 374.
- Paris, 16 juin 1959, *Rev. crit.*, 1960.72, note Jambu-Merlin : 493.
- Trib. civ. Seine, 22 juin 1959, *Clunet*, 1960.162, obs. Sialelli : 449.
- Paris, 25 juin 1959, *Clunet*, 1960.474 : 468.
- Paris, 26 juin 1959, *Rev. crit.*, 1959.700, note Batiffol : 468.
- Ord. prés. Trib. civ. Seine, 28 sept. 1959, *Rev. crit.*, 1959.504, note Francescakis, J.C.P., 1960.II.11716, note Bellet : 11, 64, 231, 243.
- Crim., 20 oct. 1959, D., 1960.300, note P. Lagarde, *Clunet*, 1960.1060, obs. Sialelli : 498.
- Trib. gr. inst. Seine, 26 oct. 1959, *Rev. crit.*, 1960.354, note Loussouarn, *Clunet*, 1960.814, obs. Sialelli : 272, 446.
- Civ. com., 9 nov. 1959, *Rev. crit.*, 1960.566, note Simon-Depitre, *Clunet*, 1960.1064, obs. G. L.-C. : 500.
- Paris, 10 nov. 1959, D., 1960.587, note Malaurie, *Rev. crit.*, 1960.218, note Ph. F., *Clunet*, 1960.792, note Ponsard : 11, 64, 243, 456.
- Trib. confl., 23 nov. 1959, *Rev. crit.*, 1960.180, note Loussouarn, *Clunet*, 1961.442, note Goldman : 128, 538.
- Trib. gr. inst. Seine, 11 déc. 1959, *Rev. crit.*, 1960.223, note H. B. : 460.
- Paris, 16 déc. 1959, J.C.P., 1960.II.11460, concl. Combaldieu, D., 1962.239, note Cornu, *Clunet*, 1960.1038, note Ponsard, *Rev. trim. dr. civ.*, 1960.283, obs. Desbois : 393.
- Civ., 9 févr. 1960, *Bull. civ.* I, n° 87, p. 72 : 461.
- Paris, 19 févr. 1960, *Rev. crit.*, 1960.182, note P. Lagarde, J.C.P., 1960.II.11665, note Aymond : 12, 218.
- Cons. d'Etat, 22 févr. 1960, *Rev. crit.*, 1960.335 : 509, 538.
- Civ., 23 févr. 1960, *Rev. crit.*, 1961, *Somm.* 842 : 461.
- Civ., 2 mars 1960, *Rev. crit.*, 1960.97, note Batiffol : 230.
- Paris, 16 mars 1960, *Clunet*, 1960.1060, *Rev. crit.*, 1961.347, note Déprez : 479, 499.
- Trib. gr. inst. Seine, 16 mai 1960, *Rev. crit.*, 1961.554, note Batiffol : 466.
- Trib. gr. inst. Seine, 23 mai 1960, D., 1960.714, note Malaurie, *Clunet*, 1961.750, note Bredin : 451.
- Trib. gr. inst. Seine, 13 juin 1960, *Clunet*, 1961.750, note Bredin : 451.
- Paris, 15 nov. 1960, *Rev. crit.*, 1961.397, note Loussouarn : 272.
- Civ. soc., 9 déc. 1960, J.C.P., 1961.II.12019, note Simon-Depitre : 500.

- Civ., 13 févr. 1961, D., 1961.349, note Holleaux, *Clunet*, 1961.1094, note B. G. : 375.
- Civ., 22 févr. 1961, *Rev. crit.*, 1961.382, note Batiffol, *Clunet*, 1961.734, note Goldman, D., 1961.437, note Holleaux : 231, 435, 468.
- Civ. soc., 2 mars 1961, *Bull. civ.* IV, n° 279, p. 224 : 500.
- Paris, 3 mars 1961, G.P., 1961.2.157 : 243, 455.
- Civ. com., 7 mars 1961, *Bull. civ.* III, n° 125, p. 112 : 225.
- Civ., 15 mai 1961, D., 1961.437, note Holleaux, *Clunet*, 1961.734, note Goldman, *Rev. crit.*, 1961.547, note Batiffol : 64, 231, 270, 460, 461.
- Civ., 12 juin 1961, D., 1961.437, note Holleaux, *Rev. crit.*, 1961.558, obs. H. B., *Clunet*, 1962.1004, note Goldman : 459.
- Paris, 21 juin 1961, *Rev. crit.*, 1962.67, note Loussouarn, *Clunet*, 1962.718, note Gold et Lachman : 226.
- Civ., 11 juill. 1961, *Rev. crit.*, 1962.124, note Batiffol : 230, 464.
- Civ. soc., 11 mai 1962, *Clunet*, 1963.772, obs. B. G. : 499.
- Trib. gr. inst. Seine, 14 mai 1962, D., 1962.653, note Malaurie, *Clunet*, 1963.110, note Bredin : 10, 235, 250, 258, 264.
- Trib. gr. inst. Seine, 6 juin 1962, D., 1962.653, note Malaurie : 192, 208, 451.
- Civ., 30 oct. 1962, D., 1963.109, note Holleaux, *Rev. crit.*, 1963.387, note Franciscakis, *Clunet*, 1963.1072, obs. Sialelli : 455.
- Trib. gr. inst. Seine, 2 nov. 1962, G.P., 1963.1.373, *Rev. crit.*, 1964.111, note Bourel : 31.
- Trib. gr. inst. Seine, 26 nov. 1962, *Clunet*, 1963.1062, obs. Sialelli : 449.
- Civ., 8 janv. 1963, D., 1963.341, note Ph. M., *Rev. crit.*, 1963.109, note G. H., J.C.P., 1964.II.13470, note Ph. F., *Rev. trim. dr. civ.*, 1963.529, obs. Desbois : 6, 99, 393.
- Trib. gr. inst. Seine, 30 janv. 1963, *Rev. crit.*, 1964.456, note Y. L. : 67, 520, 538.
- Paris, 23 mars 1963, *Clunet*, 1964.96, note Aymond : 298.
- Rennes, 21 mai 1963, *Rev. crit.*, 1964.486, note C. David : 60.
- Civ., 29 mai 1963, *Clunet*, 1964.301, J.C.P., 1964.II.13523, note Simon-Depitre : 500.
- Civ., 26 juin 1963, *Bull. civ.* I, n° 436, p. 295 : 460.
- Trib. gr. inst. Seine, 8 juill. 1963, J.C.P., 1964.II.13537, note J. A., *Clunet*, 1964.325, obs. Sialelli : 232.
- Trib. gr. inst. Avesnes-sur-Helpe, 25 sept. 1963, *Rev. crit.*, 1965.130, note Bellet : 60.
- Paris, 20 oct. 1963, G.P., 1963.2.355, *Rev. crit.*, 1964.332, note P. L. : 31.
- Trib. gr. inst. Seine, 4 nov. 1963, G.P., 1963.2.410 : 449.
- Civ., 20 nov. 1963, J.C.P., 1964.II.13948, note rapport J. Mazeaud : 342.
- Paris, 12 déc. 1963, *Clunet*, 1965.122, note J.-D. B. : 333, 335.
- Trib. gr. inst. Seine, 16 déc. 1963, *Clunet*, 1964.362, note Sialelli : 456.
- Civ., 7 janv. 1964, J.C.P., 1964.II.13590, note Ancel, *Rev. crit.*, 1964.344, note Batiffol, *Clunet*, 1964.302, note Goldman : 260, 268, 273.
- Trib. gr. inst. Seine, 11 mars 1964, *Rev. crit.*, 1964.693, note Franciscakis, *Clunet*, 1965.124, obs. Sialelli : 460.
- Amiens, 17 avr. 1964, *Rev. crit.*, 1964.705, note Simon-Depitre : 455.
- Grenoble, 4 mai 1964, *Clunet*, 1965.657, note B. G. : 459.
- Paris, 18 juin 1964, *Clunet*, 1964.810, note Bredin, *Rev. crit.*, 1967.340, note Déprez : 10, 95, 99, 235, 256, 258, 271, 272, 276, 278.
- Civ. soc., 1^{er} juill. 1964, *Rev. crit.*, 1966.47, note Simon-Depitre : 500.
- Civ., 9 déc. 1964, *Bull. civ.* I, n° 554, p. 431 : 460.
- Paris, 26 janv. 1965, *Rev. crit.*, 1965.359, note Ph. F., *Clunet*, 1965.896, obs. B. G. : 460.
- Paris, 16 févr. 1965, *Rev. crit.*, 1966.453, note P. Lagarde : 83.
- Civ., 16 févr. 1965, *Clunet*, 1965.628, note Level : 449.
- Paris, 19 mars 1965, *Clunet*, 1966.118, note Goldman, *Rev. crit.*, 1967.85, note P. Lagarde : 99, 508, 534 et s.
- Trib. gr. inst. Seine, 8 oct. 1965, *Clunet*, 1967.637, obs. Kahn : 231, 464.
- Trib. gr. inst. Seine, 19 oct. 1965, *Rev. crit.*, 1966.473, note P. L. : 460.
- Trib. gr. inst. Seine, 24 nov. 1965, *Clunet*, 1966.366, obs. Kahn : 128, 208, 272.

- Paris, 9 févr. 1966, *Rev. crit.*, 1966.264, note Louis-Lucas : 225.
 Paris, 26 mars 1966, *Clunet*, 1968.841, note Goldman, *Rev. crit.*, 1968.58, note Loussouarn : 538.
 Civ., 25 mai 1966, *Bull. civ.* I, n° 327, p. 249 : 459.
 Civ., 6 juill. 1966, *Rev. crit.*, 1967.362, note Simon-Depitre : 456.
 Trib. gr. inst. Troyes, 9 nov. 1966, *Rev. crit.*, 1967.530, note Malaurie, *Clunet*, 1968.705, note Audit : 5, 190.
 Paris, 2 déc. 1966, J.C.P., 1967.II.15278, obs. R. B., *Rev. crit.*, 1967.530, note Malaurie, *Clunet*, 1968.705, note Audit : 178, 375, 392.
 Civ., 30 mai 1967, *Rev. crit.*, 1967.728, note Bourel : 30, 31, 40, 78.
 Trib. gr. inst. Paris, 28 avr. 1967, *Rev. crit.*, 1970.435, note D. Alexandre : 464.
 Civ., 4 oct. 1967, D., 1968.95, note Mezger, *Rev. crit.*, 1968.98, note P. Lagarde : 268, 272, 449.
 Civ., 11 oct. 1967, *Rev. crit.*, 1968.105, note Jean Foyer : 62.
 Trib. gr. inst. Paris, 13 déc. 1967, J.C.P., 1968.IV.75, *Clunet*, 1968.353, obs. Kahn : 231, 464.
 Trib. gr. inst. Paris, 22 janv. 1969, *Rev. crit.*, 1970.435, note D. Alexandre : 464.
 Civ. soc., 5 mars 1969, *Rev. crit.*, 1970.279, note Batiffol : 500.
 Civ., 10 mars 1969, *Rev. crit.*, 1970.114, note Batiffol : 449.
 Trib. gr. inst. Paris, 11 mars 1969, *Clunet*, 1970.94, obs. Ph. K. : 460.
 Paris, 25 avr. 1969, *Clunet*, 1970.701, note Malaurie : 460.
 Trib. gr. inst. Paris, 12 nov. 1969, *Clunet*, 1971.816, note Malaurie : 63, 243.
 Paris, 14 mai 1970, J.C.P., 1971.II 16751 : 226.
 Civ., 27 mai 1970, *Rev. crit.*, 1971.113, note Batiffol : 62.
 Paris, 18 juin 1971, D., 1971.461 : 451.
 Paris, 10 nov. 1971, *Clunet*, 1973.239, note Huet : 275.
 Paris, 10 juin 1972, D., 1973.296, concl. av. gén. Cabannes : 12, 125.
 Trib. gr. inst. Paris, 6 juill. 1972, *Clunet*, 1973.728, note Audit : 143, 445, 448.
 Trib. gr. inst. Thonon-les-Bains, 20 oct. 1972, G.P., 1973.1.34 : 464.
 Trib. gr. inst. Paris, réf., 29 nov. 1972, *Clunet*, 1973.227, note Kahn : 67, 68.

Italie.

- C. Cass. Turin, 21 déc. 1897, *Clunet*, 1901.854 : 515.

Luxembourg :

- Trib. com. Luxembourg, 8 mars 1930, *Clunet*, 1931.229 : 225.

Pays-Bas :

- Hoge-Raad, 13 mai 1966, *Rev. crit.*, 1967.522, note Struycker, *Clunet*, 1969.1010, note Kolléwijn : 84.

Pologne :

- Cour suprême, 12 nov. 1921 (reproduit in STEINER et VAGTS, p. 66) : 292.

Suisse :

- Trib. com. Genève, 19 mars 1874, *Clunet*, 1874.95 : 532.
 C. d'App. Canton de Genève, 25 mai 1874, *Clunet*, 1874.154 : 532.
 Cons. féd. de Berne, 20 janv. 1875, D., 1875.2.169 : 532.
 Trib. féd., 9 mai 1950, A.T.F., du 9 mai 1950, S.J., 1951.22 : 517.

Syrie :

- Trib. conflits, 12 juin 1925, *Rev. dr. int. priv.*, 1926.84 : 159.

Juridictions internationales :

- C.P.A., 3 mai 1912, *Canevaro*, *Rev. gén. dr. int. publ.*, 1913.328, *Clunet*, 1912.317 : 45, 347.
- C.P.J.I., Avis du 7 févr. 1923, *aff. des décrets marocains*, Série B, n° 4 (*Clunet*, 1923.430) : 56, 334.
- C.P.J.I., arrêt du 30 août 1924, *aff. Mavromatis*, Série A, n° 2, p. 12 : 48.
- C.P.J.I., arrêts du 12 juill. 1929, *aff. des emprunts serbes et brésiliens*, Série A, n° 20-21 : 356.
- Commission mixte américano-canadienne, *aff. I'm Alone*, décisions des 30 juin 1933 et 9 janv. 1935, *Rec.*, NU, vol. III, p. 1614 : 53.
- C.P.J.I., arrêts du 28 févr. 1939, *aff. des chem. de fer de Panevėžys-Saldutiskis*, Série A/B, n° 76, p. 16 : 47.
- C.I.J., arrêt du 6 avr. 1955, *aff. Nottebohm*, *C.I.J. Rec.*, 1955, p. 4 : 46, 302, 303, 330, 354.
- C.I.J., arrêt du 28 nov. 1958, *aff. Boll*, *C.I.J. Rec.*, 1958, p. 55 : 83.
- Commission de conciliation italo-américaine, décision du 20 sept. 1958, *aff. Fleckenheimer*, *Ann. suisse*, 1961, vol. XVIII, p. 155 : 46.
- C.I.J., arrêt du 5 févr. 1970, *aff. Barcelona Traction*, *C.I.J. Rec.*, 1970, p. 3 : 50 et s., 533.

TABLE ALPHABÉTIQUE

- Abus de droit* : 199, 319, 355, 539.
 V. *Compétence internationale de l'Etat*.
- Actes juridiques* : 117, 159, 166, 494, 503, 504.
 V. *Contrat, Contrat international, Loi d'autonomie*.
- Admission à domicile* : 128, 165, 283, 323.
 V. *Domicile*.
- Allemagne* : 66.
- Angleterre* :
 — Absence d'une théorie de la fraude : 9, 395, 397, 399 et s.
 — Compétence internationale des tribunaux : 70 et s.
 — Divorce : 64, 114, 278.
 — Domicile :
 — Notion de — : 171, 395.
 — Rattachement du statut personnel au — : 171, 395, 396.
 — Droit international privé : 156.
 V. *Mariage (D.I.P. anglais)*.
- Asile (Droit d'—)* : 5, 323.
- Assurance (Contrat d'—)* : 496, 499.
- Autonomie de la volonté* :
 V. *Loi d'autonomie, Sociétés*.
- Autriche* : 66.
- Avoir fiscal* : 317.
- Bail (Contrat de —)* : 113, 499.
- Bigamie* : 123, 432.
- Bilatéralisme* :
 V. *Conflits de lois, Conflictualisme, Règle de conflit*.
- Capacité* : 206, 364.
- Cause illicite et immorale* :
 V. *Contrebande*.
- Changement de nationalité* :
 — Acquisition de la nationalité du for : 295 et s., 325 et s.
 — Acquisition d'une nationalité étrangère par les nationaux : 304 et s.
 — Acquisition d'une nationalité tierce par les étrangers : 302 et s., 384 et s.
 — Adoption et — : 328.
 — et faculté de divorcer : 334 et s.
 — et fraude à la loi : 188, 289, 323 et s.
 — par mariage : 298, 327, 328, 340 et s.
 V. *Nationalité (Personnes physiques)*.
- Commerce avec l'ennemi* : 293.
- Common law* :
 — Compétence internationale des tribunaux : 70.
 — Droit international privé du divorce : 265.
 — Rattachement du statut personnel : 9.
 — Rattachement des sociétés : 169 et s., 512, 524 et s.
 V. *Angleterre, Etats-Unis*.
- Communauté économique européenne* :
 — Effet des jugements : 134, 497.
 — Reconnaissance des sociétés : 49, 523.
- Compétence internationale de l'Etat* :
 — Abus de — : 40 et s., 88 et s., 182, 256, 540.
 — Effet réflexe d'un — : 90 et s., 198, 205.

- et fraude du sujet : 119
- en matière de droit privé : 56 et s.
- Notion de — : 41.
- V. *Compétence juridictionnelle, Compétence législative, Nationalité, Protection diplomatique.*
- Compétence juridictionnelle* : 57 et s.
 - Attraction par la compétence au fond : 82, 83, 156, 496.
 - Chefs de compétence abusifs : 62 et s., 103.
 - fondée sur la nationalité : 63, 307 et s.
 - Compétence spécifique : 62.
 - Dissociation d'avec la compétence au fond : 58 et s.
 - Fraude à la — : 57, 74, 107.
 - Refus d'exercer la — : 11, 239 et s.
- V. *Exequatur, For.*
- Compétence législative* :
 - Condition de l'exequatur : V. *Exequatur.*
 - Légitimité d'exercice de la — : 56, 76 et s.
 - Refus d'appliquer la loi du for : 240 et s.
- Conflictualisme* : 156.
- Conflits de lois* :
 - Procédés de solution des — : 84, 148 et s., 180, 198.
- V. *Conflictualisme, Faux conflit, Règle de conflit, Unilatéralisme, Vrai conflit.*
- Conflits de systèmes* : 77, 248 et s., 261 et s., 265.
- Contrat* :
 - ayant pour but de frauder la loi étrangère : 12, 15, 219, 237.
 - Fausse qualification (droit interne) : 15, 492.
 - Fraude de droit international : 122.
 - Effet international des droits créés par — : 494.
- V. *Assurance (Contrat d'—), Bail (Contrat de —), Contrat international, Contrebande, Travail (Contrat de —).*
- Contrat international* :
 - et loi de police : 480, 489 et s., 499 et s.
- Doctrines objectivistes : 472, 483 et s., 492.
- Doctrines subjectivistes : 472, 476 et s., 492.
- Forum shopping : 471, 497.
- Fraude à la loi étrangère : 474, 490, 494, 495 et s.
- Localisation du — : 492 et s., 513.
- Notion de — : 112, 214 et s., 479.
- V. *Loi d'autonomie.*
- Contrebande* : 223, 225 et s.
- Convention de La Haye* :
 - concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés : 48, 123, 254, 534.
 - portant loi uniforme sur la vente commerciale internationale : 25, 489.
 - sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps : 64, 143, 274.
 - sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière : 31.
 - sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers : 274.
 - Critère de la résidence habituelle : 38.
- Conventions matrimoniales* : 166.
- Délits* :
 - Jurisdiction compétente : 62.
 - Loi applicable : 26, 30.
 - Possibilité de fraude en matière délictuelle : 118, 133, 159, 172.
- Divorce* : 5, 432 et s.
 - d'étrangers en France : 454 et s.
 - compétence judiciaire française : 243, 245, 455 et s.
 - application de la loi française : 457 et s.
 - des Français à l'étranger : 132, 181 et s., 445, 448 et s.
 - frauduleux par changement de nationalité : 181 et s., 206, 448.
 - par consentement mutuel : 176, 446.
 - Domaine d'application de la loi française de fond : 38, 441 et s.
 - Effet atténué de l'ordre public : 435.

- Fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce : 249 et s.
 - Loi applicable au — : 435, 438 et s., 452.
 - Ordre public français : 176, 437, 444 et s., 449, 453.
 - **Rattachement à la loi du domicile** : 191, 192 et s.
 - Rattachement à la loi du for : 64.
 - Renvoi : 465 et s.
 - V. *Angleterre, Changement de nationalité, Compétence juridictionnelle, Conventions de La Haye, Etat des personnes, Equivalence, Etats-Unis, For contractuel, Loi étrangère (application d'office), Renvoi.*
- Domaine d'application internationale de la loi* : 18, 495.
- étrangère : 60, 233 et s., 255.
- Domicile* :
- Changement de — : 165.
 - , rattachement du statut personnel de droit privé : 365.
 - justification de ce rattachement : 38, 171, 435.
 - portée pour la fraude : 127 et s., 165, 171, 365.
 - , rattachement du statut personnel de droit public : 127, 282 et s., 323, 361.
 - Qualification du — et possibilité de fraude : 191 et s.
 - V. *Admission à domicile, Droit fiscal, Résidence habituelle.*
- Droits acquis* :
- Exercice des — : 40, 129 et s.
 - Respect des — : 6, 68, 180, 248 et s.
 - Théorie des — : 221, 484, 540.
 - V. *Territorialisme.*
- Droit international privé* : 17, 540.
- Droit international public* : 540.
- Droit fiscal* :
- Changement de domicile : 128.
 - Changement de nationalité : 306, 315 et s.
 - international : 23, 224, 226.
- Droit pénal* : 306, 313 et s., 498, 519.
- V. *Sociétés.*
- Droit public international* : 23, 145, 154, 156.
- Droits subjectifs* : 494.
- Effectivité* :
- Principe de l'— : 41 et s.
 - en matière de nationalité : 44 et s., 358, 363.
 - V. *Compétence internationale de l'Etat.*
- Equivalence* : 38, 208, 271, 446, 449.
- V. *Divorce* (Ordre public français).
- Estoppel* : 52, 142, 179, 259, 285.
- Etat des personnes* :
- Compétence du for du demandeur : 64, 71.
 - Détermination de la loi compétente : 35 et s., 119, 365, 395.
 - Difficulté de méconnaître les droits acquis : 6, 126, 132.
 - Possibilité de fraude : 126, 206, 281.
 - Qualification d'une fraude du sujet : 126, 144, 187.
 - V. *Statut personnel.*
- Etats-Unis* :
- Absence d'une théorie de la fraude : 9.
 - Compétence internationale des tribunaux : 70.
 - Conflits de lois : 417.
 - Droit international privé : 156, 242, 540.
 - *Full Faith and Credit Clause* : 69, 71, 134, 497.
 - Reconnaissance des divorces : 94 et s., 194, 259.
 - V. *Droit fiscal, Service national.*
- Etrangers* :
- Admission des — : 290 et s.
 - Condition des — : 286 et s.
 - V. *Sociétés.*
- Exception de fraude* :
- Difficulté d'application en faveur d'une loi étrangère : 11, 151, 240 et s., 263 et s.
 - et respect des lois étrangères : 78.
 - Insuffisance des théories fondées sur l'— : 4, 7 et s., 198, 206, 240.

- Lien avec la règle de conflit : 165.
 - Structure de l'— : 2, 187 et s.
 - Sanction de la fraude par l'— : 180, 181 et s., 300.
 - V. *Conflits de lois, Conflits de systèmes, Règle de conflit.*
- Exequatur* :
- Condition d'absence de fraude : 268, 173.
 - Conditions de l'— : 268 et s.
 - Condition relative à l'ordre public : 272, 274, 275.
 - Contrôle de la compétence : 232, 269, 270, 274, 275.
 - Contrôle de la loi appliquée au fond : 269, 271.
 - rendu par défaut : 232, 276.
 - Nécessité de l'— : 249, 256, 276.
 - Régularité de la procédure suivie à l'étranger : 268, 272.
 - V. *C.E.E., Conventions de La Haye, Divorce.*
- Extradition* : 226, 283, 314, 323.
- Faux conflit* :
- Application de la notion au conflit de lois dans le temps : 216.
 - Application de la notion au droit interne : 211.
 - Création d'un — : 108, 110, 116 et s.
 - et fraude à la loi : 33, 106.
 - et loi d'application immédiate : 86.
 - Notion de — :
 - identité des lois en conflit : 21, 114, 208.
 - absence d'intérêts antagonistes des lois en conflit : 27 et s.
 - Utilisation d'un — : 118 et s., 303.
 - V. *Vrai conflit.*
- Filiation* : 364.
- For de l'assignation* : 70 et s., 134.
- For contractuel* : 73 et s.
- For du défendeur* : 62.
- For du demandeur* : 63 et s.
- For « désintéressé »* : 102, 250, 256.
- For de la nationalité* : 63 et s.
- For du patrimoine* : 66 et s., 136.
- Forum arresti* : 65, 67, 136.
- V. *Saisie.*
- Forum non conveniens* : 72, 535.
- Forum shopping* : 34, 57, 118, 133, 229 et s., 471.
- et lois de police : 83, 497.
 - toléré : 93.
 - V. *Faux conflit.*
- « *Fraude impossible* » : 204, 312.
- Fraude à la loi* :
- Distinction de la — de droit interne et de la — de droit international : 6, 289, 505.
 - Effet réparateur du temps sur la — : 6, 142, 177.
 - Etendue de la sanction d'une — : 173.
 - Notion de — : 1 et s., 539 et s.
 - Unité de la notion en droit interne et en droit international : 211, 378.
 - V. *Fraude du sujet, Sanction de la fraude, Violation internationale de la loi.*
- Fraude à la loi étrangère* : 10 et s., 78, 218 et s.
- par application de la loi du for : 238 et s.
 - par application d'une loi tierce : 99 et s., 248 et s.
 - V. *Abus de souveraineté, Compétence internationale de l'Etat.*
- Fraude non sanctionnée* : 13, 541.
- Fraude du sujet* :
- Définition : 105 et s., 144.
 - et exception de fraude : 187.
 - Notion de — : 34.
 - Preuve de la — : 11, 14, 130, 187.
 - Qualification d'une — : 117, 119, 129 et s., 135 et s.
 - Sanction d'une — : 178 et s., 257.
 - V. *Nemo auditor.*
- Immeubles* : 157, 159, 172.
- Inopposabilité* : 61, 173, 199, 245, 280.
- V. *Nullité.*

- Intention frauduleuse :*
V. *Fraude du sujet.*
- Juge naturel :* 74, 307.
- Jugement étranger :*
— Efficacité de fait : 125.
— Fraude à un — : 12, 218.
—, moyen de fraude : 125.
V. *Exequatur.*
- Législation d'emprunt :* 89, 93 et s., 101, 256.
V. *Fraude non sanctionnée.*
- Loi d'autonomie :*
— et exception de fraude : 167, 480, 481, 489 et s.
— et exception d'ordre public : 480, 481, 489 et s.
— Principe de la — : 166 et s., 470 et s., 475, 487 et s.
V. *Contrat international, Loi d'application immédiate.*
- Loi d'application immédiate :*
— Lois de droit public : 23, 303.
— Méthode des — : 87, 113, 497, 502.
— Notion de — : 80, 83, 151, 480.
V. *Forum shopping.*
- Loi étrangère :*
— Application d'office de la — : 60, 79, 229 et s., 464.
— Défaillance de la — : 79.
— Domaine d'application internationale de la — : 233 et s., 255 et s.
— Etablissement du contenu de la — : 60, 79, 228 et s.
— Impérativité de la — : 219 et s.
— lois de droit privé : 12, 221.
— lois de droit public : 12, 222 et s.
—, moyen de fraude : 4, 5 et s.
— et ordre public du for : 236 et s.
- Loi de police :*
V. *Forum shopping, Loi d'application immédiate.*
- Mariage (en général) :* 5, 6, 366 et s.
— Appréciation de la validité du — : 367, 405.
— Capacité matrimoniale : 366.
— Empêchements : 368.
— bilatéraux : 388, 407.
— frauduleux par changement de nationalité : 206.
— frauduleux sans utilisation de la règle de conflit : 190.
— Rattachement du — : 389, 405 et s., 431.
— Rôle de l'ordre public interne sur la sanction de la fraude : 368, 409.
— Vrai conflit et absence de fraude : 389.
- Mariage (droit international privé français) :* 177, 190, 370 et s.
— Célébration du — d'étrangers en France : 381 et s.
— Fraude à la loi française : 371 et s.
— par changement de nationalité : 372.
— de publicité : 374 et s.
— Fraude à la loi étrangère par mariage dans un pays tiers : 390 et s.
— confessionnel : 387.
— Renvoi (Acceptation du —) : 370, 384, 389.
- Mariage (droit international privé américain) :* 210 et s., 416 et s.
— Rattachement du — : 416, 418 et s.
— Conditions de forme : 419.
— Fraude à la loi d'un Etat-frère : 421, 427.
- Mariage (droit international privé anglais) :* 395 et s.
— Fraude à la loi anglaise : 397 et s.
— Fraude à la loi étrangère : 408 et s.
- Meubles :*
— Statut des — : 159, 161 et s., 168.
- Moyen frauduleux :*
V. *Fraude impossible, Jugement étranger, Loi étrangère.*
- Nationalité (Personnes physiques) :*
— Attribution par un Etat de sa — et fraude à la loi étrangère : 47, 91, 285, 345 et s.
— Conflit de nationalités : 45, 100, 305, 347.
— étrangères : 348 et s., 354.
— Double — : 91, 348.
—, rattachement du statut personnel de droit privé : 38, 164, 171, 185, 188, 197, 365.

- , rattachement du statut personnel de droit public : 282, 284, 323, 361.
 - Vrai conflit et absence de fraude : 310, 316, 348, 363.
 - V. *Changement de nationalité, Effectivité, Naturalisation, Protection diplomatique.*
- Nationalité (Sociétés) :*
- Conflit d'allégeances : 48.
 - Convention de La Haye : 48, 254, 534.
 - Critère de la — : 123, 510 et s.
 - Recours au concept de — : 48, 507 et s., 522, 527, 538.
 - V. *Effectivité, Protection diplomatique, Siège social, Sociétés.*
- Naturalisation :* 47.
- et fraude à la loi étrangère : 329 et s.
 - et fraude à la loi du for : 296 et s.
 - V. *Changement de nationalité, Nationalité (Personnes physiques).*
- Navire :*
- « Nationalité » des — : 54, 162.
 - V. *Pavillons de complaisance.*
- Nemo auditur :* 142, 179, 207, 208, 257, 426.
- Nullité :* 61, 199, 245, 280.
- V. *Inopposabilité.*
- Ordre public :*
- Effet atténué de l'— : 38, 256.
 - Exception d'— : 78, 81, 151, 152.
 - du droit international privé : 102, 236 et s., 256.
 - et conflit entre deux lois étrangères : 102, 254, 348.
 - et fraude à la loi : 151, 198 et s., 272, 478 et s.
 - interne : 16.
 - véritablement international : 103, 225, 226, 256.
 - V. *Divorce, Exequatur, Mariage, Sociétés.*
- Pavillons de complaisance :* 13, 54, 81, 96 et s., 126, 162, 505.
- Personnes morales :*
- Constitution des — : 126.
 - Rattachement des — : 169 et s.
 - V. *Nationalité (Sociétés), Sociétés.*
- Plénitude de compétence de la loi du for :* 17.
- Preuve :*
- de la fraude : V. *Fraude du sujet.*
 - de la loi étrangère : V. ce mot.
- Prorogation volontaire de compétence :* V. *For contractuel.*
- Protection diplomatique :*
- Abus de — : 347.
 - Conditions de la — : 358, 359.
 - des personnes morales : 50 et s., 533.
 - des personnes physiques : 46, 347.
 - V. *Effectivité.*
- Qualification :*
- Conflit de qualifications : 150.
 - Manipulation de la — : 152, 387.
 - V. *Contrat.*
 - Opération de — : 149, 152.
 - *lege fori* et sanction d'une fraude : 191 et s.
 - V. *Domicile, Règle de conflit, Siège social.*
- Réciprocité :* 226.
- Règle de conflit :*
- Domaine d'application de la — du for : 77, 261, 268 et s., 438, 534 et s.
 - Fraude à la — : 107, 308, 438 et s.
 - Méthode de la — : 26, 149 et s., 175, 534 et s.
 - bilatérale et application des lois étrangères : 58 et s., 77 et s.
 - bilatérale et respect des lois étrangères : 221.
 - et exception de fraude : 3, 4, 181 et s.
 - étrangère : 77, 264 et s.
 - , moyen de fraude : 3, 4, 7 et s., 157 et s., 184.
 - unilatérale : 155, 189 et s., 198 et s., 502.
 - V. *Conflictualisme, Conflits de lois, Conflits de systèmes.*
- Religion :*
- Statut personnel rattaché à la — : 159.
- Renvoi :*
- Admission du — : 17.
 - et fraude à la loi : 243, 465 et s.

- au second degré : 101, 278, 537.
- Théorie du — : 541.
- V. *Conflits de systèmes, Loi étrangère* (Domaine d'application international de la —), *Mariage* (droit international privé français).
- Résidence habituelle* :
 - Application de l'I.R.P.P. : 128, 315.
 - Statut personnel rattaché à la — : 38.
- Saisie* : 67 et s., 138.
- V. *Forum arresti*.
- Sanction de la fraude* :
 - Défaut de — : 93, 541.
 - : loi étrangère : 276 et s.
 - : loi du for : 207 et s.
 - Etendue de la — : 173.
 - par application immédiate de la règle évincée :
 - droit interne : 2, 539.
 - droit international privé : 198 et s.
 - par application unilatérale de la règle de conflit : 189 et s.
 - par l'exception de fraude : 3, 181 et s., 539, 540.
- V. *Inopposabilité, Nullité*.
- Séquestre* : 293, 300, 303, 505.
- Service militaire* : 318 et s., 329.
- Service national* : V. *Service militaire*.
- Siège social* :
 - Qualification du — *lege fori* : 195 et s., 523.
 - réel : 169 et s., 513 et s., 518 et s., 523, 526, 528, 534.
 - et fraude à la loi étrangère : 530, 534.
 - sérieux : 514.
 - statutaire : 169, 517.
 - Transfert de — : 521.
- V. *Qualification, Sociétés*.
- Sociétés* :
 - Autonomie de la volonté : 510 et s., 524.
 - Constitution frauduleuse à l'étranger : 5.
 - Contrôle : 293, 505.
 - *Doing business* : 527.
 - Droit pénal des — : 519, 520.
 - Filiale : 504.
 - Fraude à la loi étrangère : 529 et s.
 - Immatriculation : 48 et s., 530 et s.
 - Incorporation :
 - système de l'— : 169 et s., 524 et s.
 - et fraude à la loi étrangère : 530.
 - Rattachement des — : 123, 169 et s.
 - étrangères :
 - application de la loi locale aux — : 519, 526, 527.
 - reconnaissance des — : 48, 506 et s.
 - réglementation des — : 505.
 - Statuts de complaisance : 54, 505, 530.
- V. *C.E.E., Conventions de La Haye, Nationalité (Sociétés), Protection diplomatique, Siège social*.
- Simulation* : 107, 116, 193, 514, 523.
- Souveraineté* : 42.
- V. *Compétence internationale de l'Etat*.
- Statut personnel* :
 - Possibilités de fraude en matière de — : 159, 163 et s.
 - de droit privé : 364 et s.
 - de droit public : 282 et s.
 - Rattachement du — : 9, 38, 171.
- V. *Domicile, Etat des personnes, Nationalité (Personnes physiques), Territorialité*.
- Statut réel* :
 - V. *Immeubles, Meubles*.
- Territorialisme* : 242.
- Territorialité* :
 - du statut personnel : 385, 430, 468, 469.
 - et sanction de la fraude : 90.
- Trahison* : 314.
- Travail* :
 - Contrat de — : 155, 496, 500, 502.
 - Convention collective de — : 500.

Unilatéralisme : 153 et s., 198 et s., 253, 275.

V. *Conflits de lois, Loi d'application immédiate, Sanction de la fraude.*

Violation internationale de la loi :

— Détermination d'une — : 17 et s., 26 et s., 175 et s.

— Notion de — : 15 et s.

— Réactions possibles à la — : 89 et s.

— Sanction de la — : 145 et s.

Vocation subsidiaire de la loi du for : 17, 79.

Vrai conflit :

— Application de la notion au droit interne : 211.

— Application de la notion aux conflits de lois dans le temps : 216.

— Distinction du — et du faux conflit : 27 et s.

— et absence de fraude à la loi : 32, 55, 106, 117, 141 et s., 168.

— et compétence juridictionnelle : 61.

V. *Mariage (en général), Nationalité (Personnes physiques).*

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Pages

3

A. — *La loi étrangère, moyen permanent de fraude* 6

B. — *La règle de conflit, moyen occasionnel de fraude* 8

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE GÉNÉRALE

CHAPITRE PREMIER

LA VIOLATION INTERNATIONALE DE LA LOI

19

Section I. — Les degrés de la violation internationale de la loi 20

A. — *Le conflit inexistant et la violation formelle de la loi* 22

B. — *Conflit réel et violation internationale de la loi* 23

1) Application cumulative des lois en conflits 24

2) Solution du conflit par application d'une seule des lois en conflit 25

C. — *Violation substantielle et violation secondaire de la loi* 26

1) Principe de la distinction du vrai conflit et du faux conflit . . . 27

2) Exemples 28

3) Portée de la distinction 30

D. — *L'influence du temps sur la violation internationale de la loi : le problème des actes constitutifs d'état* 35

Section II. — Violation internationale de la loi et abus de souveraineté 39

§ 1. — **COMPÉTENCE INTERNATIONALE ET ABUS DE SOUVERAINETÉ** . . . 40

A. — *L'effectivité, critère de la compétence internationale : exposé de la thèse* 40

B. — *Illustration par le droit positif* 41

1) La nationalité des individus 42

2) La « nationalité » des sociétés 44

3) Le rattachement des navires 50

§ 2. — LA COMPÉTENCE INTERNATIONALE DE L'ÉTAT EN MATIÈRE DE DROIT PRIVÉ ET LE RESPECT DES SOUVERAINETÉS ÉTRANGÈRES..	52
A. — <i>La compétence juridictionnelle</i>	53
1) Remarques préliminaires sur la dissociation de la compétence juridictionnelle et de la compétence au fond.....	53
2) Etude des principaux chefs de compétence critiquables...	57
a) <i>Le for du demandeur</i>	57
b) <i>Le for du patrimoine</i>	60
c) <i>Le for de l'assignation du défendeur</i>	63
d) <i>Le for contractuel</i>	65
B. — <i>La compétence au fond</i>	68
1) Cas où le législateur a fixé un domaine d'application global pour une catégorie de lois donnée (règle de conflit)..	68
2) Cas où le législateur a fixé un domaine d'application international à la disposition édictée.....	70
3) Cas où le législateur n'a pas fixé le domaine d'application international de la loi.....	73
Section III. — Effets d'un abus de souveraineté en matière de droit privé	77
A. — <i>Effets de la violation internationale de la loi dans le ressort de la souveraineté fraudée</i>	78
1) Réaction de la souveraineté fraudée : retour à la territorialité du droit.....	79
2) Absence de réaction de la souveraineté fraudée : législation privée d'emprunt.....	80
B. — <i>Effets de la violation internationale de la loi dans un ressort tiers</i>	85
Conclusion du Chapitre premier	88

CHAPITRE II

MISE EN ŒUVRE DE LA VIOLATION INTERNATIONALE DE LA LOI	89
---	-----------

Section I. — La création ou l'utilisation d'un faux conflit	91
A. — <i>L'absence de conflit</i>	91
1) Notion de situation interne.....	92
2) Situation internationale sans conflit.....	94
B. — <i>La naissance du conflit</i>	94
1) Création d'un conflit.....	94
2) Exploitation d'un conflit spontanément créé.....	96
Section II. — L'intervention de l'autorité publique étrangère	98
A. — <i>Nécessité de cette intervention</i>	98
B. — <i>Portée de cette intervention</i>	99
1) Les circonstances de l'attribution du titre.....	100
2) L'intérêt de l'Etat requis à l'application de sa loi.....	101

Section III. — L'exercice des droits acquis.....	103
A. — <i>L'exercice des droits acquis à l'étranger dans le ressort de la loi évincée</i>	103
1) Questions d'état.....	104
2) Questions patrimoniales.....	105
B. — <i>L'exercice hors du ressort de la loi évincée des droits acquis à l'étranger</i>	107
1) En matière patrimoniale.....	107
2) En matière d'état.....	109
Conclusion du Chapitre II.....	113

CHAPITRE III

**LA SANCTION DE LA VIOLATION INTERNATIONALE
DE LA LOI** 114

Section préliminaire. — Règle de conflit et fraude à la loi.....	115
A. — <i>Les deux procédés de solution des conflits de lois</i>	116
1) La méthode de la règle de conflit.....	116
2) La méthode statutaire.....	118
B. — <i>La règle de conflit, instrument de fraude</i>	122
1) Le statut des meubles.....	124
2) Le statut personnel.....	125
3) Les actes juridiques à but patrimonial.....	127
4) Le statut des personnes morales.....	129
Section I. — La sanction de la fraude à la loi du for.....	132
§ 1. — <i>L'opportunité de la sanction</i>	133
A. — <i>Détermination de la violation internationale objective de la loi</i>	134
1) La contrariété au fond de la loi étrangère	134
2) La méconnaissance des buts poursuivis par la loi.....	135
B. — <i>Le facteur subjectif : la fraude du sujet</i>	136
§ 2. — <i>Le mode de sanction</i>	137
A. — <i>La fraude, fondement de la sanction : exception de fraude et méthode bilatéraliste</i>	138
B. — <i>La fraude, soutien de la décision : application unilatérale de la règle de conflit</i>	144
1) Cas où la violation de la loi ne se recommande d'aucune règle de conflit.....	145
2) Cas où la violation de la loi peut se recommander d'une règle de conflit : qualification du rattachement <i>lege fori</i>	145
C. — <i>La sanction de la fraude sans mention de la fraude : la méthode unilatéraliste pure</i>	149
§ 3. — <i>Le défaut de sanction</i>	156
A. — <i>La négation du conflit</i>	157

B. — <i>L'interprétation restrictive de la loi du for</i>	158
C. — <i>L'application bilatérale de la règle de conflit</i>	160
Section II. — La sanction de la fraude à la loi étrangère	164
<i>Sous-Section préliminaire. — L'impérativité de la loi étrangère</i> ...	165
§ 1. — L'ÉGALITÉ DE PRINCIPE DE LA LOI ÉTRANGÈRE	166
1) Lois de droit privé.....	166
2) Lois de droit public.....	167
§ 2. — L'INFÉRIORITÉ PRATIQUE DE LA LOI ÉTRANGÈRE	172
A. — <i>La preuve de la loi étrangère</i>	173
1) Loi étrangère non invoquée.....	173
2) Détermination du domaine d'application international de la loi étrangère	177
B. — <i>Le contenu de la loi étrangère et l'ordre public du for</i>	180
<i>Sous-Section. I. — Fraude à la loi étrangère par application de la loi du for</i>	182
A. — <i>Refus d'exercer sa compétence internationale</i>	182
1) Domaine limité de l'exception de fraude.....	183
2) Rôle de la fraude dans la décision de refus d'exercer sa compétence internationale.....	184
B. — <i>Appréciation de la validité de droits conférés par la loi locale</i> ..	186
<i>Sous-Section II. — Fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce</i>	188
A. — <i>Délimitation du problème</i>	188
1) Domaine d'application.....	188
2) Limite théorique : incompétence de la loi du for.....	189
B. — <i>Principes de solution</i>	191
1) Facteurs de solution tenant au caractère de conflit entre deux lois étrangères.....	191
a) <i>Le contenu des lois en conflit</i>	192
b) <i>Le domaine d'application international des lois en conflit</i>	193
2) Facteurs de solution tenant à l'existence d'une fraude du sujet.	195
C. — <i>Mise en forme de la solution (Contribution à la théorie de la reconnaissance des jugements étrangers)</i>	197
1) La fraude sanctionnée.....	198
a) <i>La fraude sanctionnée comme une violation du droit étranger</i>	198
b) <i>La fraude sanctionnée comme une violation du droit international privé du for</i>	201
2) La fraude non sanctionnée.....	208
a) <i>Le défaut de sanction fondé sur l'extranéité de la loi</i> ...	210
b) <i>Le défaut de sanction fondé sur le respect de la loi étrangère</i>	211
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	215

DEUXIÈME PARTIE

DROIT POSITIF

TITRE PREMIER

LE STATUT PERSONNEL DE DROIT PUBLIC..... 221

CHAPITRE PREMIER

LA FRAUDE A LA LOI DU FOR..... 224

Section I. — Dispositions visant les étrangers..... 225

§ 1. — HYPOTHÈSES ÉTRANGÈRES A LA FRAUDE A LA LOI DE DROIT INTERNATIONAL 225

A. — *Fraudes de droit interne*..... 225

1) Admission des étrangers..... 225

2) Activité des étrangers..... 227

B. — *Absence de fraude aux dispositions considérées*..... 227

§ 2. — FRAUDES DE DROIT INTERNATIONAL..... 228

A. — *Acquisition de la nationalité du for*..... 229

1) Acquisition de la nationalité du for par naturalisation.... 229

2) Acquisition de la nationalité du for par mariage..... 230

3) Option en faveur de la nationalité du for..... 232

4) Réintégration dans la nationalité du for..... 232

B. — *Acquisition d'une nationalité tierce*..... 233

Section II. — Dispositions visant les nationaux..... 235

A. — *Données théoriques du problème*..... 235B. — *Illustration par le droit positif*..... 237

1) Abandon de la nationalité française en vue de se soustraire à la compétence des tribunaux français..... 237

2) La fraude par changement de nationalité et le droit pénal..... 240

3) La fraude par changement de nationalité et le droit fiscal..... 241

4) Le changement de nationalité et les lois sur le recrutement de l'armée 243

CHAPITRE II

LA FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE..... 248**Section I. — La fraude à la loi étrangère par attribution de la nationalité du for..... 249****§ 1. — ATTRIBUTION DE LA NATIONALITÉ POSTÉRIEUREMENT A LA
NAISSANCE. 250****A. — *La naturalisation et la fraude à la loi étrangère.*..... 251****1) La condition de stage..... 252****2) Le contrôle des mobiles de la naturalisation..... 253****3) La perte de la nationalité étrangère..... 258****B. — *L'acquisition de la nationalité par mariage et la fraude à la loi
étrangère* 259****C. — *L'option en faveur de la nationalité du for et la fraude à la loi
étrangère* 261****§ 2. — ATTRIBUTION DE LA NATIONALITÉ A RAISON DE L'ORIGINE... 262****1) L'attribution et le maintien de la nationalité d'origine... 263****2) L'exercice de la protection diplomatique..... 264****Section II. — La fraude à la loi étrangère par acquisition d'une
nationalité tierce..... 266****§ 1. — LA SOLUTION DU CONFLIT PAR LES JURIDICTIONS INTERNES.. 268****§ 2. — LE CONFLIT DEVANT LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES... 270****CONCLUSION DU TITRE PREMIER..... 277**

TITRE II

LE STATUT PERSONNEL DE DROIT PRIVÉ..... 279

SOUS-TITRE PREMIER

LE MARIAGE 283

CHAPITRE PREMIER

**LA FRAUDE A LA LOI ET LE MARIAGE
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS.... 287****Section I. — La fraude à la loi française..... 288****A. — *Délimitation du problème : portée de l'article 170 du Code civil.*... 288****B. — *L'opportunité de sanctionner la violation de l'article 170 du Code
civil* 290****a) *Arguments en faveur de la sanction*..... 290****b) *Arguments contre la sanction*..... 291**

c) <i>Synthèse</i>	293
C. — <i>Solution du problème</i>	294
Section II. — La fraude à la loi étrangère	297
A. — <i>Célébration d'un mariage en France</i>	297
1) La condition de séjour	297
2) Les conditions de forme	298
3) Les conditions de fond	299
a) <i>La célébration du mariage</i>	300
b) <i>L'appréciation de la validité du mariage</i>	301
B. — <i>L'efficacité en France d'un mariage célébré à l'étranger</i>	303
1) Appréciation par les tribunaux français de la validité d'un mariage célébré à l'étranger	304
2) Effet en France d'un jugement relatif à la validité du mariage ..	305
Conclusion du Chapitre premier	306

CHAPITRE II

**LA FRAUDE A LA LOI ET LE MARIAGE
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ANGLAIS....** 308

Section I. — La fraude à la loi anglaise	310
A. — <i>La fraude non sanctionnée ; les empêchements rattachés à la forme</i> ..	311
B. — <i>La violation sanctionnée ; les empêchements rattachés au fond</i>	312
Section II. — La fraude à la loi étrangère	317
Conclusion du Chapitre II	323

CHAPITRE III

**LA FRAUDE A LA LOI ET LE MARIAGE
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ AMÉRICAIN....** 324

Section I. — Détermination de la règle de conflit	325
A. — « <i>The orthodox statement</i> » : compétence de la loi du lieu de célébration.	325
B. — <i>Portée de la règle</i>	326
C. — <i>Tempéraments à la règle : apparition de la loi du domicile</i>	327
Section II. — Application de la règle de conflit	329
A. — <i>Généralités</i>	329
B. — <i>Etude de jurisprudence</i>	331
1) Empêchements tenant à l'âge et au défaut d'autorisation des ascendants	331
2) Empêchements tenant à la parenté	332
3) Empêchements tenant à un précédent divorce	333

Conclusion du Chapitre III	334
CONCLUSION DU SOUS-TITRE PREMIER	337

SOUS-TITRE II

<i>LE DIVORCE</i>	339
-------------------------	-----

Section I. — La fraude à la loi du for	342
A. — <i>Délimitation du problème</i>	343
B. — <i>Eléments de solution</i>	344
1) Le facteur quantitatif.....	344
2) Le facteur qualitatif.....	346
C. — <i>Etude de la jurisprudence</i>	348
1) Deux époux français.....	348
2) Epoux de nationalité différente, dont un Français.....	351
3) Epoux de nationalité différente, tous deux étrangers.....	352
Section II. — La fraude à la loi étrangère : le divorce d'étrangers en France	354
§ 1. — <i>COMPÉTENCE JUDICIAIRE FRANÇAISE</i>	354
§ 2. — <i>APPLICATION DE LA LOI FRANÇAISE AU FOND</i>	356
A. — <i>Un époux français</i>	357
B. — <i>Deux époux étrangers</i>	360
1) Epoux de même nationalité.....	360
a) <i>La loi étrangère s'estime compétente</i>	360
b) <i>La loi étrangère paraît décliner sa compétence</i>	362
2) Epoux de nationalité différente.....	363
CONCLUSION DU SOUS-TITRE II	366

TITRE III

LES ACTES JURIDIQUES A BUT PATRIMONIAL	369
---	-----

Section I. — Les doctrines traditionnelles et le problème de la fraude à la loi	372
A. — <i>Les doctrines subjectivistes</i>	372
B. — <i>Les doctrines objectivistes</i>	378
Section II. — Le droit positif et la synthèse doctrinale	381
A. — <i>Le droit positif</i>	381
1) En législation.....	382
2) En jurisprudence.....	384
B. — <i>La synthèse doctrinale</i>	385

Section III. — L'application des lois impératives du for et la fraude à la loi étrangère.....	389
CONCLUSION DU TITRE III.....	399

TITRE IV

LE STATUT DES PERSONNES MORALES.....	401
---	------------

CHAPITRE PREMIER

LA FRAUDE A LA LOI DU FOR

(La reconnaissance internationale de la personnalité morale des sociétés)	404
--	------------

Section I. — Données théoriques du problème.....	404
A. — <i>Le recours au concept de nationalité et la possibilité de fraude.....</i>	<i>405</i>
B. — <i>Détermination de la nationalité de la société et fraude à la loi.....</i>	<i>406</i>
1) Les critères d'inspiration volontariste.....	407
2) Les critères objectivistes.....	408
Section II. — Illustration par le droit positif.....	411
A. — <i>La sanction de la fraude dans un système de « siège social ».....</i>	<i>412</i>
B. — <i>La sanction de la fraude dans un système d'« incorporation ».....</i>	<i>419</i>

CHAPITRE II

LA FRAUDE A LA LOI ÉTRANGÈRE.....	424
--	------------

Section I. — Société constituée sous l'empire de la loi du for.....	424
Section II. — Société constituée sous l'empire d'une loi tierce.....	428
CONCLUSIONS.....	435

BIBLIOGRAPHIE	439
TABLE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES.....	449
TABLE ALPHABÉTIQUE.....	461
TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES	469

Imp. F. BOISSEAU, RUE DU TAUR, 34 - TOULOUSE (FRANCE)
Dépôt légal, 1^{er} trimestre 1974

